جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٤٠

بسم الله الرحمن الرحیم

جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام

کاتب:

محمد حسن بن باقر نجفی (صاحب جواهر)

نشرت فی الطباعة:

دار احیاء التراث العربی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

الفهرس ----- ۵
جواهر الكلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۴۰ ----- ۱۲
اشاره ----- ۱۲
اشاره ----- ۱۳
[تتمه القسم الرابع فی الأحكام] ----- ۱۹
اشاره ----- ۱۹
[كتاب القضاء] ----- ۱۹
اشاره ----- ۱۹
[النظر الأول فی الصفات] ----- ۲۴
اشاره ----- ۲۴
[مسائل] ----- ۳۵
اشاره ----- ۳۵
[المسأله الأولی یشترط فی ثبوت الولایه إذن الإمام علیه السلام] ----- ۳۵
[المسأله الثانیه تولی القضاء مستحب لمن یثق من نفسه بالقیام بشرائطه] ----- ۴۹
[المسأله الثالثه إذا وجد اثنان متفاوتان فی الفضیله مع استكمال الشرائط المعتبره فیهما فان قلد الأفضل جاز] ----- ۵۴
[المسأله الرابعه إذا أذن الامام علیه السلام له فی الاستخلاف] ----- ۵۹
[المسأله الخامسه إذا ولی من لا یتعین علیه القضاء فإن كان له كفایه من ماله فالأفضل أن لا یطلب الرزق من بیت المال] ----- ۶۳
[المسأله السادسه تثبت ولایه القاضی بالاستفاضه] ----- ۶۷
[المسأله السابعه یجوز نصب قاضیین فی البلد الواحد لكل منهما جهه علی انفراده] ----- ۷۱
[المسأله الثامنه إذا حدث ما یمنع الانعقاد انعزل] ----- ۷۳
[المسأله التاسعه إذا مات الإمام علیه السلام ینعزل القضاه أجمع] ----- ۷۶
[المسأله العاشره إذا اقتضت المصلحه تولیه القضاء مثلا من لم یستكمل الشرائط] ----- ۸۰
[المسأله الحادیه عشر كل من لا تقبل شهادته لا ینفذ حكمه] ----- ۸۳
[النظر الثانی فی الآداب] ----- ۸۴
اشاره ----- ۸۴

[أما المستحب] ۸۵
[أما المكروه] ۹۱
[مسائل] ۹۸
اشاره ۹۸
[المسأله الأولى الإمام علیه السلام یقضی بعلمه مطلقا] ۹۸
[المسأله الثانیه إذا أقام المدعی بینه و لم یعرف الحاکم عدالتها فالتمس المدعی حبس المنکر لیعدلها یجوز حبسه لقیام البینه بما ادعاه] ۱۰۵
[المسأله الثالثه لو قضی الحاکم علی غریم مثلا بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاکم الثانی ینظر] ۱۰۵
[المسأله الرابعه لیس علی الحاکم تتبع حکم من کان قبله] ۱۱۵
[المسأله الخامسه إذا ادعی رجل أن المعزول قضی علیه بشهاده فاسقین وجب إحضاره و إن لم یقم المدعی بینه] ۱۱۷
[المسأله السادسه إذا افتقر الحاکم إلی مترجم لم یقبل إلا شاهدان عدلان] ۱۱۸
[المسأله السابعه إذا اتخذ القاضی کاتبا وجب أن یکون بالغا عاقلا مسلما عدلا] ۱۲۱
[المسأله الثامنه الحاکم إن عرف عداله الشاهدین حکم] ۱۲۲
[المسأله التاسعه لا بأس بتفریق الشهود] ۱۳۴
[المسأله العاشره لا یشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهده لفعل ما یقدح فی العداله] ۱۳۶
[المسأله الحادیه عشره لو ثبت عداله الشاهد حکم باستمرار عدالته حتی یتبین ما ینافیها] ۱۳۸
[المسأله الثانیه عشره ینبغی أن یجمع قضایا کل أسبوع و وثائقه و حججه] ۱۳۸
[المسأله الثالثه عشره کل موضع وجب علی الحاکم کتابه المحضر] ۱۳۹
[المسأله الرابعه عشره یکره للحاکم أن یعنت الشهود] ۱۴۰
[المسأله الخامسه عشره لا یجوز للحاکم أن یتعتع الشاهد و هو أن یداخله فی أثناء التلفظ بالشهاده] ۱۴۱
[المسأله السادسه عشره یکره أن یضیف أحد الخصمین دون صاحبه] ۱۴۲
[المسأله السابعه عشره الرشوه حرام علی آخذها و یأثم الدافع لها إن توصل بها إلی الحکم له بالباطل] ۱۴۳
[المسأله الثامنه عشره إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحکم أحضره] ۱۴۶
[النظر الثالث فی کیفیه الحکم] ۱۵۱
اشاره ۱۵۱
[المقصد الأول فی وظائف الحاکم] ۱۵۱
اشاره ۱۵۱
[المسأله الأولى التسویه بین الخصمین] ۱۵۱

[المسأله الثانیه لا یجوز أن یلقن أحد الخصمین ما فیه ضرر علی خصمه] ----- ۱۵۵
[المسأله الثالثه إذا سکت الخصمان استحب له أن یقول لهما تکلما أو لیتکلم المدعی] ----- ۱۵۶
[المسأله الرابعه إذا ترافع الخصمان و کان الحکم واضحا لزمه القضاء و یستحب ترغیبهما فی الصلح] ----- ۱۵۷
[المسأله الخامسه إذا ورد الخصوم مترتبین بدأ بالأول فالأول] ----- ۱۵۸
[المسأله السادسه إذا قطع المدعی علیه دعوی المدعی بدعوی لم یسمع حتی یجیب عن الدعوی] ----- ۱۵۹
[المسأله السابعه إذا بدر أحد الخصمین بالدعوی فهو أولی] ----- ۱۵۹
[المقصد الثانی فی مسائل متعلقه بالدعوی] ----- ۱۶۱
اشاره ----- ۱۶۱
[المسأله الأولی لا تسمع الدعوی إذا کانت مجهوله] ----- ۱۶۱
[المسأله الثانیه إذا کان المدعی من الأثمان افتقر إلی ذکر جنسه و وصفه و نقده] ----- ۱۶۳
[المسأله الثالثه إذا تمت الدعوی هل یطالب المدعی علیه بالجواب أو یتوقف ذلک علی التماس المدعی فیه تردد] ----- ۱۶۹
[المسأله الرابعه لو ادعی أحد الرعیه علی القاضی سمعت کما تسمع علی غیره] ----- ۱۷۰
[المسأله الخامسه یستحب للخصمین أن یجلسا بین یدی الحاکم] ----- ۱۷۱
[المقصد الثالث فی جواب المدعی علیه] ----- ۱۷۱
اشاره ----- ۱۷۱
[أما الإقرار] ----- ۱۷۱
[أما الإنکار] ----- ۱۸۱
[أما السکوت] ----- ۲۱۹
[مسائل تتعلق بالحکم علی الغائب] ----- ۲۳۲
اشاره ----- ۲۳۲
[المسأله الأولی یقضی علی من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا] ----- ۲۳۴
[المسأله الثانیه یقضی علی الغائب فی حقوق الناس کالدیون و العقود] ----- ۲۳۵
[المسأله الثالثه لو کان صاحب الحق غائبا فطالب وکیله و ادعی الغریم التسلیم إلی الموکل و لا بینه له ألزم بالتسلیم] ----- ۲۳۷
[المقصد الرابع فی کیفیه الاستحلاف] ----- ۲۳۸
اشاره ----- ۲۳۸
[البحث الأول فی الیمین] ----- ۲۳۸
اشاره ----- ۲۳۸

[فرعان] ---------- ۲۴۸

[الفرع الأول لو امتنع عن الإجابه إلى التغليظ لم يجبر] ---------- ۲۴۸

[الفرع الثانی لو حلف أن لا يجيب إلى التغليظ فالتمسه خصمه لم تنحل يمينه] ---------- ۲۵۰

[البحث الثانی فی يمين المنكر و المدعی] ---------- ۲۵۵

اشاره ---------- ۲۵۵

[مسائل ثمان] ---------- ۲۶۳

[المسأله الأولی لا يتوجه اليمين على الوارث] ---------- ۲۶۳

[المسأله الثانيه إذا ادعی على المملوک فالغريم مولاه] ---------- ۲۶۷

[المسأله الثالثه لا تسمع الدعوی فی الحدود مجرده عن البينه] ---------- ۲۷۱

[المسأله الرابعه منكر السرقه يتوجه عليه اليمين لإسقاط الغرم] ---------- ۲۷۴

[المسأله الخامسه لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر يجوز له الرجوع إليها بعد ذلک قبل الحلف] ---------- ۲۷۵

[المسأله السادسه لو ادعی صاحب النصاب إبداله فی أثناء الحول قبل قوله بلا يمين] ---------- ۲۷۶

[المسأله السابعه لو مات رجل و لا وارث له و ظهر له شاهد بدين يحبس] ---------- ۲۷۹

[المسأله الثامنه لو مات و عليه دين يحيط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث] ---------- ۲۸۱

[البحث الثالث فی اليمين مع الشاهد] ---------- ۲۸۲

اشاره ---------- ۲۸۲

[مسائل خمس] ---------- ۳۰۴

[المسأله الأولی لو قال هذه الجاريه مملوكتی و أم ولدی حلف مع شاهده و ثبت رقيتها] ---------- ۳۰۴

[المسأله الثانيه لو ادعی بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا فإن حلف المدعون مع شاهدهم قضی لهم] ---------- ۳۰۶

[المسأله الثالثه إذا ادعی الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوی] ---------- ۳۱۲

[المسأله الرابعه لو ادعی عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبث يحلف مع شاهده و يستنقذه] ---------- ۳۱۶

[المسأله الخامسه لو ادعی عليه القتل و أقام شاهدا فإن كان خطأ أو عمد الخطأ حلف و حكم له] ---------- ۳۱۷

[خاتمه تشتمل على فصلين] ---------- ۳۱۸

اشاره ---------- ۳۱۸

[الفصل الأول فی كتاب قاض الى قاض] ---------- ۳۱۸

اشاره ---------- ۳۱۸

[مسائل ثلاث] ---------- ۳۳۷

اشاره ----- ۳۳۷
[المسأله الأولی إذا أقر المحکوم علیه أنه هو المشهود علیه ألزمه الحاکم بأداء ما علیه] ----- ۳۳۷
[المسأله الثانیه للمشهود علیه أن یمتنع من التسلیم] ----- ۳۳۹
[المسأله الثالثه لا یجب علی المدعی دفع الحجه مع الوفاء] ----- ۳۴۰
[الفصل الثانی فی لواحق من أحکام القسمه] ----- ۳۴۰
اشاره ----- ۳۴۰
[النظر الأول فیستحب للإمام علیه السلام أن ینصب قاسما] ----- ۳۴۱
[النظر الثانی فی المقسوم] ----- ۳۵۲
[النظر الثالث فی کیفیه القسمه] ----- ۳۵۹
اشاره ----- ۳۵۹
[مسائل ثلاث] ----- ۳۶۷
اشاره ----- ۳۶۷
[المسأله الأولی لو کان لدار علو و سفل فطلب أحد الشریکین قسمتها بحیث یکون لکل واحد منهما نصیب من العلو و السفل بموجب التعدیل جاز] ----- ۳۶۷
[المسأله الثانیه لو کان بینهما أرض و زرع فطلب أحدهما قسمه الأرض حسب أجبر الممتنع] ----- ۳۷۰
[المسأله الثالثه لو کان بینهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فی بعض لم یجبر الممتنع] ----- ۳۷۳
[النظر الرابع فی اللواحق] ----- ۳۷۵
اشاره ----- ۳۷۵
[الأولی إذا ادعی الشریک بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه] ----- ۳۷۵
[الثانیه إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا فإن کان معینا مع أحدهما بطلت القسمه] ----- ۳۸۰
[الثالثه لو قسم الورثه ترکه ثم ظهر علی المیت دین فلا ریب فی صحه القسمه] ----- ۳۸۲
[النظر الرابع فی أحکام الدعاوی] ----- ۳۸۵
اشاره ----- ۳۸۵
[أما المقدمه فتشتمل علی فصلین] ----- ۳۸۵
اشاره ----- ۳۸۵
[الفصل الأول فی المدعی] ----- ۳۸۶
[الفصل الثانی فی التوصل إلی الحق] ----- ۴۰۲
اشاره ----- ۴۰۲

[مسألتان] ۴۱۳
اشاره ۴۱۳
[المسأله الأولی من ادعی ما لا ید لأحد علیه قضی له] ۴۱۳
[المسأله الثانیه لو انکسرت سفینه فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله] ۴۱۵
[المقصد الأول فی الاختلاف فی دعوی الأملاک] ۴۱۷
اشاره ۴۱۷
[المسأله الأولی لو تنازعا عینا فی یدهما و لا بینه قضی بها بینهما نصفین] ۴۱۷
[المسأله الثانیه یتحقق التعارض فی الشهاده مع تحقق التضاد] ۴۲۵
[المسأله الثالثه إذا ادعی شیئا فقال المدعی علیه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه] ۴۶۰
[المسأله الرابعه إذا ادعی أنه آجره الدابه و ادعی آخر أنه أودعه إیاها تحقق التعارض] ۴۶۴
[المسأله الخامسه لو ادعی دارا مثلا فی ید انسان و أقام بینه أنها کانت فی یده أمس أو منذ شهر قیل لا تسمع هذه البینه] ۴۶۷
[المقصد الثانی فی الاختلاف فی العقود] ۴۷۱
اشاره ۴۷۱
[مسائل] ۴۸۹
اشاره ۴۸۹
[المسأله الأولی لو شهد للمدعی بأن الدابه ملکه منذ مده فدلت سنها علی أقل من ذلک قطعا أو أکثر] ۴۸۹
[المسأله الثانیه إذا ادعی دابه مثلا فی ید زید و أقام بینه أنه اشتراها من عمرو فان شهدت البینه بالملکیه مع ذلک للبائع أو للمشتری أو بالتسلیم قضی للمدعی] ۴۹۰
[المسأله الثالثه الصغیر المجهول النسب إذا کان فی ید واحد و ادعی رقیته قضی بذلک ظاهرا] ۴۹۱
[المسأله الرابعه لو ادعی کل منهما أن الذبیحه له و فی ید کل واحد بعضها] ۴۹۴
[المسأله الخامسه لو ادعی زید شاه فی ید عمرو و أقام بینه فتسلمها] ۴۹۵
[المسأله السادسه لو ادعی دارا فی ید زید بأجمعها و ادعی عمرو نصفها] ۴۹۶
[المسأله السابعه إذا تداعی الزوجان متاع البیت قضی لمن قامت له البینه] ۵۰۸
[المقصد الثالث فی دعوی المواریث] ۵۱۹
اشاره ۵۱۹
[المسأله الأولی لو مات المسلم عن ابنین فتصادقا علی تقدم إسلام أحدهما علی موت الأب و ادعی الآخر مثله فأنکر أخوه] ۵۱۹
[المسأله الثانیه لو اتفقا أن أحدهما أسلم فی شعبان و الآخر فی غره رمضان] ۵۲۱
[المسأله الثالثه دار فی ید انسان و ادعی آخر أنها له و لأخیه الغائب إرثا عن أبیهما] ۵۲۲

[المسأله الرابعه إذا ماتت امرأه و ابنها] ----- ۵۲۸

[المسأله الخامسه لو قال هذه الأمه میراث أبی و قالت الزوجه] ----- ۵۲۹

[المقصد الرابع فی الاختلاف فی الولد] ----- ۵۳۰

تعریف مرکز ----- ۵۳۶

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۴۰

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا- و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج ۴۰، ص: ۱

اشاره

[تتمه القسم الرابع فی الأحکام]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله و صلی الله علی محمد و آله

[کتاب القضاء]

اشاره

کتاب القضاء بالمد و قد يقصر الذی هو لغه لمعانی کثيره ربما أنهيت إلی عشره:

الحکم و العلم و الاعلام- و عبر عنه بعضهم بالانهاء- و القول و الحتم و الأمر و الخلق و الفعل و الإتمام و الفراغ.

قال الله تعالی «ثُمَّ لا يَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَيْتَ»(۱).

«إِلَّا حاجَةً فِی نَفْسِ يَعْقُوبَ قَضاها»(۲). «وَ قَضَيْنا إِلَيْهِ ذلِکَ الْأَمْرَ»(۳).

قيل: و منه أيضا «وَ اللَّهُ يَقْضِی بِالْحَقِّ»(۴)و الأولی جعله من الأول.

«فَلَمَّا قَضَيْنا عَلَيْهِ الْمَوْتَ»(۵)أی حتمنا. «وَ قَضی رَبُّکَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ»(۶)

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۶۵.

۲- ۲ سوره يوسف: ۱۲- الآيه ۶۸.

۳- ۳ سوره الحجر: ۱۵- الآيه ۶۶.

۴- ۴ سوره غافر: ۴۰- الآيه ۲۰.

۵- ۵ سوره سبأ: ۳۴- الآيه ۱۴.

۶- ۶ سوره الإسراء: ۱۷- الآيه ۲۳.

«فَقَضاهُنَّ سَبْعَ سَماواتٍ»(۱). «فَاقْضِ ما أَنْتَ قاضٍ»(۲). «فَلَمَّا قَضى مُوسَى الْأَجَلَ»(۳). «أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ»(۴). «قُضِيَ الْأَمْرُ الَّذِي فِيهِ تَسْتَفْتِيانِ»(۵)و إن كان يمكن إرجاع بعضها إلى بعض.

كما أنه يمكن إرجاع القضاء المقابل للأداء و الموت و قضاء الدين و نحو ذلك إليها و إلا كانت زائده و فى القاموس «القضاء: الحكم و الصنع و الحتم و البيان، و قضى: مات و. عليه: قتله، و. وطره: أتمه و أدامه، و. عليه عهدا: أوصاه و أنفذه، و. إليه: أنهاه، و. غريمه دينه أداه، و سم قاض: قاتل».

لكن قيل: و يسمى القضاء قضاء لأن القاضى يتم الأمر بالفصل و يمضيه و يفرغ منه.

و فيه أنه بمعنى الحكم- الذى أول المعانى فى الصحاح و القاموس- أولى من ذلك، بل فى كشف اللثام «هو فصل الأمر قولا أو فعلا» و الأمر سهل.

و عرفا ولايه الحكم شرعا لمن له أهليه الفتوى بجزئيات القوانين الشرعيه على أشخاص معينين من البريه بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحق، كما فى المسالك و التنقيح و كشف اللثام و غيرها، بل فى الأول منها نسبه تعريفه بذلك إليهم.

۱- ۱ سوره فصلت: ۴۱- الآيه ۱۲.

۲- ۲ سوره طه: ۲۰- الآيه ۷۲.

۳- ۳ سوره القصص: ۲۸- الآيه ۲۹.

۴- ۴ سوره القصص: ۲۸- الآيه ۲۸.

۵- ۵ سوره يوسف: ۱۲- الآيه ۴۱.

و فی الدروس «ولایه شرعیه علی الحکم و المصالح العامه من قبل الامام (علیه السلام)» و لعله أولی من الأول، ضروره أعمیه مورده من خصوص إثبات الحقوق کالحکم بالهلال و نحوه و عموم الصالح.

و لعل المراد بذکرهم الولایه- بعد العلم بعدم کون القضاء عباره عنها- بیان أن القضاء الصحیح من المراتب و المناصب کالاماره، و هو غصن من شجره الرئاسه العامه للنبی (صلی الله علیه و آله) و خلفائه (علیهم السلام) و هو المراد من قوله تعالی(۱)«یا داوُدُ إِنّا جَعَلْناکَ خَلِیفَهً فِی الْأَرْضِ فَاحْکُمْ» إلی آخرها، بل و من الحکم فی قوله تعالی(۲):

«وَ آتَیْناهُ الْحُکْمَ صَبِیًّا».

قال أمیر المؤمنین (علیه السلام) لشریح(۳): «قد جلست مجلسا لا یجلسه إلا نبی أو وصی أو شقی»

و قال الصادق (علیه السلام)(۴): «اتقوا الحکومه، إنما هی للإمام العالم بالقضاء العادل بین المسلمین کنبی أو وصی».

و بالجمله هی من مناصب محمد (صلی الله علیه و آله) و أهل بیته (علیهم السلام) الذین هم ولاه الأمر و المستنبطون، و به یشعر

قوله (علیه السلام)(۵): «فانی قد جعلته قاضیا و حاکما»

و قاضی التحکیم لیس من المناصب العامه.

و حینئذ فالمراد من الولایه فی التعریف الأعم من کونها من الله أو

۱- ۱ سوره ص: ۳۸- الآیه ۲۶.
۲- ۲ سوره مریم: ۱۹- الآیه ۱۲.
۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۲.
۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۳.
۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱ و ۶ إلا أن فی الأول «فإنی قد جعلته علیکم حاکما» و فی الثانی «فإنی قد جعلته علیکم قاضیا».

منهم أو خصوص ما كانت منهم كما هو مقتضى التعريف الثانى، بل هو الظاهر من الأول أيضا.

هـذا و قـد ذكر غير واحـد أن من خواصه عـدم نقض الحكم فيه بالاجتهـاد، بـل يجب على غيره من القضـاه تنفيـذه و إن خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلا قطعيا، و أن له ولايه على كل مولى عليه مع فقـد وليه و مع وجوده فى مواضع يأتى بعضـها إنشاء الله، و أن به يلزم حكم البينه لمن شـهدت عليه و الشـهود، فأما من شـهدت عليه فيلزمه الحق، و أما الشهود فيغرمهم إياه لو رجعوا عن الشهاده، و هو جيد.

لكن قـد يشـكل الاسـتثناء فى الأول فيما إذا كان الـدليل القطعى نظريا لم يثبت قطعيته عند القاضـى الأول بإطلاق ما دل(۱)على النهى عن رده، كما أنه يشكل تنفيذه من القاضى الآخر بكونه غير ما أنزل الله تعالى.

و من هنـا أمكن القول بعـدم جواز رده و عـدم وجوب تنفيـذه، بمعنى إجراء الحكم الواقع عليه فى حقه، و يـأتى إنشـاء الله تمـام الكلام فى ذلك.

و أمـا الولاـيه على المـولى عليه أو على المصالـح العـامه فالظـاهر عـدم لزومهـا للنصب للقضـاء، فهى حينئـذ أمر آخر تتبع عبـاره النصب.

و على كـل حـال ففى التحرير و غيره «أن القضـاء واجب على الكفـايه، بـل فى الريـاض نفى الخلاـف فيه بيننا، قال: لتوقف نظام النوع الإنسانى عليه، و لأن الظلم من شـيم النفوس، فلا بـد من حاكم ينتصف من الظالم للمظلوم، و لما يترتب عليه من النهى عن المنكر و الأمر بالمعروف».

و فيه أن ذلك من قاعده اللطف المقتضـيه نصب الامام المتوقف عليه اسـتقامه نظام نوع الإنسان، و ليس هو من الواجب الكفائى بالمعنى المصطلح، نعم من السياسه الواجبه على الامام (عليه السلام) نصب ما يستقيم به

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱ و ۱۷ و ۴۸.

نظام نوع الإنسان، کما أنه یمکن القول بوجوب مقدار الصالح لذلک فیهم، و بوجوب فعل القضاء من المنصوبین له علی الکفایه، و بوجوب تولی القضاء من الامام (علیه السلام) و یکون کغسل المیت المتوقف صحته علی الاذن من الولی.

و لعل ذلک و نحوه مرادهم من الوجوب علی الکفایه، و إن کان فی قولهم: هو واجب علی الکفایه- بعد تعریفهم له بالولایه التی قد عرفت معناها- نوع تسامح، ضروره عدم صلاحیتها بمعنی کونها منصبا من المناصب للاتصاف بذلک، کما

هو واضح، نعم یتجه ذلک علی مذهب العامه الذین لا إمام منصوب لهم من الله تعالی شأنه.

و من ذلک کله ظهر لک أن القضاء الذی هو من توابع النبوه و الإمامه و الرئاسه العامه فی الدین و الدنیا غیر محتاج ثبوته إلی دلیل، خصوصا بعد قوله تعالی «فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتَّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ ثُمَّ لا یَجِدُوا فِی أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِمَّا قَضَیْتَ وَ یُسَلِّمُوا تَسْلِیماً»(۱)و «إِنَّا أَنْزَلْنا إِلَیْکَ الْکِتابَ بِالْحَقِّ لِتَحْکُمَ بَیْنَ النَّاسِ بِما أَراکَ اللَّهُ»(۲). «فَإِنْ تَنازَعْتُمْ»(۳)إلی آخرها و غیر ذلک، و أما النصب منهم للقضاء فهو معلوم أیضا، بل متواتر.

و علی کل حال ف النظر فی صفات القاضی، و آدابه و کیفیه الحکم، و أحکام الدعاوی.

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۶۵.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۱۰۵.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآیه ۵۹.

[النظر الأول فی الصفات]

اشاره

الأول فی الصفات و یشترط فیه أی القاضی الذی یراد نصبه منهم (علیهم السلام) البلوغ و کمال العقل و الایمان و العداله و طهاره المولد و العلم و الذکوره بلا خلاف أجده فی شی ء منها، بل فی المسالک «هذه الشرائط عندنا موضع وفاق» بل حکاه فی الریاض عن غیرها أیضا، و عن الأردبیلی دعواه فیما عدا الثالث و السادس، و الغنیه فی العلم و العداله، و نهج الحق فی العلم و الذکوره.

و حینئذ فلا ینعقد منصب القضاء لصبی و لو مراهق و لا مجنون و لو أدوارا حال جنونه، لسلب أفعالهما و أقوالهما و کونهما مولی علیهما، فلا یصلحان لهذا المنصب العظیم، و منصب الإمامه لیحیی (علیه السلام) و للصاحب روحی له الفداء إنما کان لنوع من القضاء الإلهی، نحو عیسی بن مریم (علیه السلام).

و لا لکافر، لأنه لیس أهلا للأمانه و لم یجعل الله له سبیلا علی المؤمن(۱)إذ الإسلام یعلو و لا یعلی علیه(۲).

و کذا غیر المؤمن الذی هو کافر فی الجمله أیضا، لما

۱- ۱ إشاره إلی قوله تعالی فی سوره النساء: ۴- الآیه ۱۴۱.
۲- ۲ إشاره إلی قوله صلی الله علیه و آله المروی فی الوسائل- الباب- ۱- من أبواب موانع الإرث- الحدیث ۱۱ من کتاب الفرائض.

تواترت النصوص فی النهی عن المرافعه إلی قضاتهم(۱)بل هو من ضروریات مذهبنا.

بـل لا یصـلح لهـذا المنصب الفاسق الإمامی فضـلا عن غیره، لما هو المعلوم من النص(۲)و الفتوی من قصوره عن مرتبه الولاـیه علی یتیم و نحوه فضلا عن هذا المنصب الجلیل.

و لا یخفی علیک أنه یـدخل فی ضـمن العـداله التی قـد تقـدم البحث فیها فی کتاب الصـلاه(۳)اشتراط الأمـانه و المحافظه علی الواجبات ضروره عدمها فی غیر الأمین و تارک الواجب، کما هو واضح.

و کذا لا ینعقد القضاء لولد الزنا مع تحقق حاله، کما لا تصح إمامته و لا شـهادته فی الأشـیاء الجلیله و غیرها، کما هو واضح بناء علی کفره، أما علی غیره فالعمـده الإجماع المحکی و فحوی ما دل علی المنع من إمامته و شـهادته إن کان و قلنا به، مؤیـدا بنفر طباع الناس منه، و إلا فمقتضی العمومات دخوله.

نعم لا ریب فی اعتبار العلم،

قال الباقر (علیه السلام)(۴): «من أفتی النـاس بغیر علم و لاـ هـدی من الله لعنته ملائکه الرحمه و ملائکه العـذاب و لحقه وزر من عمل بفتیاه»

و قال الصادق (علیه السلام)(۵): «أنهاک عن خصلتین فیهما هلاک الرجال: أنهاک أن تدین الله بالباطل،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۶- من أبواب عقد البیع من کتاب لتجاره و الباب- ۸۸- من کتاب الوصایا.

۳- ۳ راجع ج ۱۳ ص ۲۷۰ و ۳۰۴.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۲.

و تفتی الناس بما لا تعلم»

و نحوه غیره(۱)و

فی الخبر(۲)«القضاه ثلاثه:

واحد فی الجنه و اثنان فی النار، فالذی فی الجنه رجل عرف الحق فقضی به، و اللذان فی النار رجل عرف الحق فجار فی الحکم، و رجل قضی للناس علی جهل».

و أما الذکوره فلما سمعت من الإجماع و

النبوی(۳)«لا یفلح قوم ولیتهم امرأه»

و فی آخر(۴)«لا تتولی المرأه القضاء»

و فی وصیه النبی (صلی الله علیه و آله) لعلی (علیه السلام) المرویه فی الفقیه بإسناده عن حماد(۵)«یا علی لیس علی المرأه جمعه- إلی أن قال-: و لا تولی القضاء»

مؤیدا بنقصها عن هذا المنصب، و أنها لا یلیق لها مجالسه الرجال و رفع الصوت بینهم، و بأن المنساق من نصوص النصب فی الغیبه(۶)غیرها، بل فی بعضها(۷)التصریح بالرجل، لا أقل من الشک و الأصل عدم الاذن.

و من ذلک یعلم الوجه فی کثیر من الشرائط، ضروره کونهم أعلم بمن یجوز نصبه مع الحضور، و فی زمن الغیبه المدار علی ما وصل إلینا عنهم (علیهم السلام) من عباره النصب(۸)و مع فرض الشک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب صفات القاضی.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۱۱۶.

۳- ۳ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۱۱۸ و فیه « لن یفلح قوم ولوا أمرهم امرأه».

۴- ۴ البحار ج ۱۰۳ ص ۲۵۴ عن أبی جعفر علیه السلام«. لا تولی المرأه القضاء.».

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۵ و الباب- ۱۱- منها الحدیث ۱ و ۶ و ۹.

۷- ۷ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی الحدیث ۶.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۵ و الباب- ۱۱- منها الحدیث ۱ و ۶ و ۹.

فلا ریب فی أن الأصل العدم.

و کذا لا ینعقد لغیر العالم المستقل بأهلیه الفتوی، و لا یکفیه فتوی العلماء بلا خلاف أجده فیه، بل فی المسالک و غیرها الإجماع علیه من غیر فرق بین حالتی الاختیار و الاضطرار، بل لا بد أنه یکون عالما بجمیع ما ولیه أی مجتهدا مطلقا کما فی المسالک، فلا یکفی اجتهاده فی بعض الأحکام دون بعض. علی القول بتجزی الاجتهاد.

قلت قد یقال: إن المستفاد من الکتاب و السنه صحه الحکم بالحق و العدل و القسط من کل مؤمن، قال الله تعالی «إِنَّ اللَّهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَماناتِ إِلی أَهْلِها، وَ إِذا حَکَمْتُمْ بَیْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْکُمُوا بِالْعَدْلِ»(۱).

«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ لِلَّهِ شُهَداءَ بِالْقِسْطِ، وَ لا یَجْرِمَنَّکُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلی أَلَّا تَعْدِلُوا»(۲).

«یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا کُونُوا قَوَّامِینَ بِالْقِسْطِ شُهَداءَ لِلَّهِ وَ لَوْ عَلی أَنْفُسِکُمْ أَوِ الْوالِدَیْنِ وَ الْأَقْرَبِینَ، إِنْ یَکُنْ غَنِیًّا أَوْ فَقِیراً فَاللَّهُ أَوْلی بِهِما، فَلا تَتَّبِعُوا الْهَوی أَنْ تَعْدِلُوا، وَ إِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ کانَ بِما تَعْمَلُونَ خَبِیراً»(۳).

و مفهوم قوله تعالی(۴)«وَ مَنْ لَمْ یَحْکُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولئِکَ هُمُ الْفاسِقُونَ» و فی أخری(۵)«هُمُ الْکافِرُونَ» إلی غیر ذلک من الآیات الکریمه.

و

قال الصادق (علیه السلام)(۶): «القضاه أربعه، ثلاثه فی

۱- ۱ سوره النساء: ۴ الآیه ۵۸.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۸.

۳- ۳ سوره النساء: ۴ الآیه ۱۳۵.

۴- ۴ سوره المائده: ۵- الآیه ۴۷.

۵- ۵ سوره المائده: ۵- الآیه ۴۴.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۶ و فیه « و قال علیه السلام.» بدل« و قال علی علیه السلام.».

النار و واحد فى الجنه: رجل قضى بجور و هو يعلم، فهو فى النار، و رجل قضى بجور و هو لا يعلم أنه قضى بجور، فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم، فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنه و قال على (عليه السلام): الحكم حكمان: حكم الله و حكم الجاهليه، فمن أخطأ حكم الله حكم بحكم الجاهليه».

و قال أبو جعفر (عليه السلام)(۱): «الحكم حكمان: حكم الله و حكم الجاهليه؛ و قد قال الله عز و جل(۲)«وَ مَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللّهِ حُكْماً لِقَوْمٍ يُوقِنُونَ» و أشهد على زيد بن ثابت لقد حكم فى الفرائض بحكم الجاهليه».

إلى غير ذلك من النصوص البالغه بالتعاضد أعلى مراتب القطع الداله على أن المدار الحكم بالحق الذى هو عند محمد و أهل بيته (صلوات الله عليهم) و أنه لا ريب فى اندراج من سمع منهم (عليهم السلام) أحكاما خاصه مثلا و حكم فيها بين الناس و إن لم يكن له مرتبه الاجتهاد و التصرف.

قال الصادق (عليه السلام) فى خبر أبى خديجه(۳): «إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قد جعلته قاضيا،

فتحاكموا إليه»

بناء على إراده الأعم من المجتهد منه، بل لعل ذلك أولى من الأحكام الاجتهاديه الظنيه بل قد يقال باندراج من كان عنده أحكامهم بالاجتهاد الصحيح

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۸.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآيه ۵۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۵.

أو التقليد الصحيح و حكم بها بين الناس كان حكما بالحق و القسط و العدل.

نعم قد يقال بتوقف صحه ذلك على الاذن منهم (عليهم السلام) ل

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر سليمان بن خالد(۱): «اتقوا الحكومه، إنما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين: نبى أو وصى».

و قوله (عليه السلام) أيضا فى خبر إسحاق بن عمار(۲): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح: يا شريح قد جلست مجلسا لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى».

و ما عساه يشعر به

قوله (عليه السلام) فى نصب نائب الغيبه(۳): «فإنى قد جعلته حاكما».

و غير ذلك مما يقتضى توقف صحه الحكم و ترتب أثره عليه على الاذن و النصب، فتقيد تلك الآيات و النصوص بذلك أو تحمل على إراده الأمر بالمعروف و نحوه مما ليس فيه قضاء و فصل.

اللهم إلا أن يقال بأن النصوص داله على الاذن منهم (عليهم السلام) لشيعتهم المتمسكين بحبلهم الحافظين لأحكامهم فى الحكم بين الناس بأحكامهم الواصله إليهم بقطع أو اجتهاد صحيح أو تقليد كذلك، فإنهم العلماء و شيعتهم المتعلمون و باقى الناس غثاء.

و فى خبر عبد الله بن طلحه(۴)الوارد فى اللص الداخل على المرأه و قتل ولدها و أخذ ثيابها عن الصادق (عليه السلام) أمر السائل بالقضاء بينهم بما ذكره الامام، و لعل غيره أيضا كذلك.

و إنما شده الإنكار فى النصوص على المعرضين عنهم المستغنين عنهم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب القصاص فى النفس- الحديث ۲ من كتاب القصاص.

بآرائهم و قیاسهم و استحسانهم و نحو ذلک من الباطل الذی لفقوه.

قال الحلبی(۱): «قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): ربما کان بین الرجلین من أصحابنا المنازعه فی الشی ء فیتراضیان برجل منا، فقال: لیس هو ذاک، إنما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط».

و لو سلم عدم ما یدل علی الاذن فلیس فی شی ء من النصوص ما یدل علی عدم جواز الاذن لهم فی ذلک، بل عموم ولایتهم تقتضی ذلک.

بل قد یدعی أن الموجودین فی زمن النبی (صلی الله علیه و آله) ممن أمر بالترافع إلیهم قاصرون عن مرتبه الاجتهاد و إنما یقضون بین الناس بما سمعوه من النبی (صلی الله علیه و آله).

فدعوی قصور من علم جمله من الأحکام مشافهه أو بتقلید لمجتهد عن منصب القضاء بما علمه خالیه عن الدلیل، بل ظاهر الأدله خلافها، بل یمکن دعوی القطع بخلافها، و نصب خصوص المجتهد فی زمان الغیبه بناء علی ظهور النصوص فیه لا یقتضی عدم جواز نصب الغیر.

و یمکن بناء ذلک- بل لعله الظاهر- علی إراده النصب العام فی کل شی ء علی وجه یکون له ما للإمام (علیه السلام) کما هو مقتضی

قوله (علیه السلام)(۲): «فانی جعلته حاکما»

أی ولیا متصرفا فی القضاء و غیره من الولایات و نحوها.

بل هو مقتضی

قول صاحب الزمان روحی له الفداء(۳): «و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فیها إلی رواه أحادیثنا، فإنهم حجتی علیکم، و أنا حجه الله»

ضروره کون المراد منه أنهم حجتی علیکم فی جمیع ما أنا فیه حجه الله علیکم إلا ما خرج، و هو لا ینافی الإذن لغیره فی الحکم

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۹.

بخصوص ما علمه من الأحكام الخاصه، و ليس له هذه الرئاسه العامه أو يكون من قبيل قاضى التحكيم.

و حينئذ فتظهر ثمره ذلك بناء على عموم هذه الرئاسه أن للمجتهد نصب مقلده للقضاء بين الناس بفتاواه التى هى حلالهم و حرامهم، فيكون حكمه حكم مجتهده و حكم مجتهده حكمهم، و حكمهم حكم الله تعالى شأنه، و الراد عليه راد على الله تعالى.

و لا يخفى وضوح ذلك لدى كل من سرد نصوص الباب المجموعه فى الوسائل و غيرها، بل كاد يكون من القطعيات، خصوصا مع احتمال أن كثيرا من هذه الشرائط للعامه، كما لا يخفى على من لاحظ كتبهم و رأى إكثارهم من ذكر شرائط لا دليل لها سوى استحسان مستقبح أو قياس باطل أو نحو ذلك.

و من المعلوم أن المقبول مما ذكروه ما يكون موافقا لنصوصنا دون غيره، و لعل منه هذا الشرط المذكور المقتضى عدم جواز نصب الامام قاضيا يقضى بالحق و إن لم يكن مجتهدا.

و أما دعوى الإجماع التى قد سمعتها فلم أتحققها، بل لعل المحقق عندنا خلافها، خصوصا بعد أن حكى فى التنقيح عن المبسوط فى المسأله أقوالا ثلاثه أولها جواز كونه عاميا و يستفتى العلماء و يقضى بفتواهم و لم يرجح، و لعل مختاره الأول مع أنه أسوأ حالا مما ذكرناه، ضروره فرضه عاميا حين نصبه ثم يستفتى بعد ذلك، مع ظهور الأدله فى اعتبار كونه عالما بما وليه حين التوليه و لو بالتقليد بناء على ما ذكرناه من كون فتاوى المجتهد أحكامهم، فالقضاء حينئذ بها خصوصا إذا قلنا إن القضاء فى زمن الغيبه من باب الأحكام الشرعيه لا النصب القضائى و إن ذلك هو المراد من

قوله (عليه السلام): «جعلته قاضيا و حاكما»

فان الفصل

بها حينئذ من المقلد كالفصل بها من المجتهد، إذ الجميع مرجعه إلى القضاء بين الناس بحكم أهل البيت، و الله العالم.

و من ذلك يظهر لك النظر فى جمله مما هو مذكور هنا حتى قول المصنف هنا و يدخل فيه أن يكون ضابطا، فلو غلب عليه النسيان لم يجز نصبه ضروره عدم الدليل بالخصوص، بل مقتضى ما فيه من مفروض العداله تجنب ما يحتمل النسيان فيه، و أنه لا يقضى إلا بما هو ضابط له بكتابه و نحوها، إذ لا يخفى عليه حاله الذى هو غلبه نسيانه، بل ربما كان قضاؤه أضبط من قضاء غيره، نعم لو كان كثير الغلط و الاشتباه و لا يعلم به على وجه يرتفع الوثوق بما يزعم أنه مضبوط له أمكن القول حينئذ بعدم نصبه بناء على عدم قبول ما ينقله من فتاواه و أخباره.

و كذا قوله و هل يشترط علمه بالكتابه؟ فيه تردد نظرا إلى اختصاص النبى (صلى الله عليه و آله) بالرئاسه العامه مع خلوه فى أول أمره من الكتابه.

و أغرب من ذلك قوله و الأقرب اشتراط ذلك لما يضطر إليه من الأمور التى لا تتيسر لغير النبى (صلى الله عليه و آله) المحفوظ بالعصمه عن السهو و الغلط و غيرهما بدون الكتابه بل فى المسالك نسبته إلى الشيخ و أكثر الأصحاب، إذ هو كما ترى لا دليل عليه سوى الاعتبار المزبور الذى لا ينطبق على أصولنا، بل إطلاق دليل النصب فى نائب الغيبه يقتضى عدمه، على أنه يمكن الاستغناء بوضع كاتب، بل و غير الكتابه من طرق الضبط، بل ربما لا يحتاج إليها.

نعم لا ينعقد القضاء للمرأه و إن استكملت الشرائط لما عرفته سابقا من النص(۱)السابق.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

و كـذا قوله و فى انعقـاد قضـاء الأـعمى تردد و خلاـف أظهره و أشـهره كما فى المسالك أنه لا ينعقـد، لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم و تعـذر ذلك مع العمى إلا فيما يقل و عمى شـعيب (عليه السـلام) على تقـدير تسـليمه ليس بحجه فى شـرعنا و لا على القاضـى غير النبى لانجبار النبوه بالعصـمه، إذ هو أيضا كما ترى مخالف لما عرفت، لمجرد اعتبار لا ينطبق على أصولنا، و يمكن رفعه بوضع مميز أو بغيره، إذ طرق التمييز غير منحصره فى البصر، و ربما لا يحتاج إلى ذلك، كما هو واضح.

و على كل حال ف هل يشترط الحريه؟ قال فى المبسوط:

نعم بل فى المسالك نسـبته إلى الأكثر، لقصور العبـد عن هذا المنصب العظيم و اسـتغراق وقته بحقوق المولى و الأقرب أنه ليس شرطا لما عرفت، بل إطلاق دليل نصب نائب الغيبه يقتضى خلافه، و الفرض إذن المولى فى ذلك فلا استغراق لوقته.

و لا يخفى عليك بعـد ما ذكرنا الحكم فى كثير من الشـرائط المـذكوره فى كتب العامه التى لم يذكرها الأصـحاب، كالنطق فلا يصح قضاء الأخرس، و السمع فلا قضاء للأصم، و غير ذلك مما ليس فى أدلتنا ما يشهد له.

نعم ذكر بعض أفاضل المتأخرين أن كل ما شك فى اشتراطه فى ذلك فأصاله عدم ترتب الأثر و نحوها يقتضيه.

و لكن فيه أنه إن كان المراد اعتباره فى نائب الغيبه فلا ريب فى انقطاعه بإطلاق دليله أو عمومه، و مع فرض الشك على وجه لا يتناوله الإطلاق المزبور فلا ريب فى أن الأصل يقتضى عدم وقوع الاذن له بعد فرض انحصارها فى الدليل المفروض.

و إن كان اعتباره فى من ينصبه الامام (عليه السلام) حال حضوره

ففیه أولا أنه أدری فی هذا الحال. مضافا إلی أن مقتضی عموم ولایته و أن الحکومه له- فهو مسلط علیها کتسلط الملاک علی أملاکهم- جواز ذلک له، کما هو واضح.

هذا و قد یظهر من الروضه اعتبار جمیع هذه الشرائط فی الفتوی أیضا، و هو مبنی علی انحصار دلیل قبولها بدلیل قبول الحکم، فیعتبر فیها حینئذ ما یعتبر فیه.

لکن لا یخفی علیک ما فیها، ضروره منع انحصار دلیلها فی ذلک، بل هو العقل بعد کون الفتوی الصحیحه مما أنزل الله و من القسط و العدل و الحق و غیر ذلک مما وجب علی الناس قبوله عقلا و نقلا، فجمیع ما دل علی الأمر بالمعروف و الأخذ بما أنزل الله و القیام بالعدل دال علیه و إن فقد شرط منصب القضاء بعدم الکتابه مثلا أو بالعمی أو بالذکوره أو نحو ذلک مما لا مدخلیه لاندراج فتواه فیما عرفت قطعا، کما هو واضح بأدنی التفات. و من هنا کانت شرائط الفتوی غیر شرائط القضاء، کما لا یخفی علی من لاحظ کتب أصحابنا فی الأصول و الفروع.

بل مما ذکرنا یظهر أن قبول الفتوی بعد اندراجها فی الحق و العدل و القسط و نحو ذلک لا یحتاج إلی إذن من الامام (علیه السلام) بل الکتاب(۱)و السنه(۲)بل و العقل متطابقه علی وجوب الأخذ بها، و حینئذ فدلیل التقلید غیر دلیل القضاء.

نعم قد یستفاد من دلیل الثانی أن الفتوی بکلی الواقعه المخصوصه من الحق و مما أنزل الله و من حکمهم و من العدل و القسط و نحو ذلک، ضروره التلازم بین کون الحکم بالخصوصیه کذلک و بین کون الحکم الشرعی

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۵۸ و ۱۳۵ و سوره المائده: ۵- الآیه ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی.

فی کلی تلک الخصوصیه الذی هو فتوی المجتهد کذلک.

و بذلک ظهر لک أن دلیل التقلید حینئذ هو جمیع ما فی الکتاب(۱)و السنه(۲)من الأمر بأخذ ما أنزل الله تعالی و القیام بالقسط و العدل و نحو ذلک، و اختلاف المجتهدین بسبب اختلاف الموازین التی قررها صاحب الشرع لمعرفه الأحکام غیر قادح فی کون الجمیع مما أنزل الله تعالی شأنه من الحکم، فإن ظنیه الطریق لا تنافی قطعیه الحکم کما هو مقرر فی محله.

[مسائل]

اشاره

و کیف کان ف هنا مسائل:

[المسأله الأولی یشترط فی ثبوت الولایه إذن الإمام علیه السلام]

الأولی لا خلاف عندنا بل الإجماع بقسمیه علیه فی أنه یشترط فی ثبوت الولایه للقضاء و توابعه إذن الإمام (علیه السلام) أو من فوض إلیه الإمام ذلک، لما عرفت من أن منصب الحکومه له.

و حینئذ ف لو استقضی أهل البلد قاضیا لم تثبت ولایته عندنا و لم ینفذ حکمه نعم قد ذکر غیر واحد من الأصحاب، بل لم یذکر أحد فیه خلافا، بل ظاهر بعضهم و صریح آخر الإجماع علیه أنه لو تراضی الخصمان بواحد من الرعیه فترافعا إلیه فحکم لزمهما حکمه و إن کان هناک قاض منصوب، بل و إن کان إمام، بل و علی أنه لا یشترط رضاهما بعد الحکم منه.

لکن فی الروضه و غیرها فی اشتراط تراضی الخصمین بالحکم بعده قولان، بل فی بعض القیود أنه للشیخ فی بعض أقواله، بل فی التحریر و لو تراضی خصمان بواحد من الرعیه و ترافعا إلیه فحکم لم یلزمهما الحکم

۱- ۱ سوره النساء:- الآیه ۵۸ و ۱۳۵ و سوره المائده: ۵- الآیه ۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی.

بل فی بعض قیوده و إن کان فیه شرائط الاجتهاد مع ظهور الامام (علیه السلام).

و کیف کان فهذه المسأله کما ذکرها الخاصه ذکرها العامه أیضا، قال فی الروضه من کتبهم: «الخامسه: هل یجوز أن یحکم الخصمان رجلا غیر القاضی؟ و هل لحکمه بینهما اعتبار؟ قولان، أظهرهما عند الجمهور نعم، و خالفهم الامام و الغزالی، فرجحا المنع، و قیل: القولان فی الأموال فقط، فأما النکاح و اللعان و القصاص و حد القذف و غیرها فلا یجوز فیها التحکیم قطعا، و المذهب طرد القولین فی الجمیع، و به قطع الأکثرون و لا یجری فی حدود الله علی المذهب، إذ لیس لها طالب معین، و فی التهذیب و غیره ما یقتضی ذهاب بعضهم إلی طرد الخلاف فیها، و لیس بشی ء، و قیل: القولان فی التحکیم فی حقوق الآدمیین مخصوصان بما إذا لم یکن فی البلد قاض فان کان لم یجز، و قیل: هما إن کان قاض و إلا فیجوز قطعا، و المذهب طردهما فی الحالین، فإذا جوزنا التحکم اشترط فی المحکم صفات القاضی، و لا ینفذ حکمه إلا علی من رضی بحکمه، حتی لا یضرب دیه الخطأ علی العاقله إذا لم یرضوا بحکمه، و لا یکفی رضا القاتل، و قیل:

یکفی و العاقله تبع له، و الصحیح الأول، قال السرخسی: الخلاف مخصوص بقولنا: تجب الدیه علی الجانی ثم تحملها العاقله، فإن قلنا یجب علیها ابتداء لم تضرب علیهم إلا برضاهم قطعا، و هذا أحسن، قال السرخسی:

و إنما یشترط رضا المتحاکمین إذا لم یکن أحدهما القاضی نفسه، فان کان فهل یشترط رضا الآخر؟ فیه اختلاف نص، و المذهب أنه لا یشترط، و لیکن هذا مبنیا علی جواز الاستخلاف إن جاز، فالمرجوع إلیه نائب القاضی، قال: و یشترط علی أحد الوجهین کون المتحاکمین بحیث یجوز للمحکم أن یحکم لکل واحد منهما، فان کان أحدهما ابنه أو أباه لم یجز، و لیس للمحکم الحبس، بل غایته الإثبات و الحکم، و قیل: یحبس و هو

شاذ، و هل يلزم حكمه بنفس الحكم كحكم القاضى أم لا يلزم إلا بتراضيهما بعد الحكم؟ فيه قولان، و يقال: وجهان، أظهرهما الأول، و متى رجع أحدهما قبل الحكم امتنع الحكم حتى إذا أقام المدعى شاهدين، فقال المدعى عليه:

عزلتك لم يكن له أن يحكم، و قال الإصطخرى: إن أحس المدعى عليه بالحكم فرجع ففى تمكينه من الرجوع وجهان خرجهما، و المذهب الأول».

إلى غير ذلك مما ذكروه فى كتبهم مما هو مبنى على استحسان أو قياس أو مصالح مرسله أو

روايه غير ثابته عندنا عن النبى (صلى الله عليه و آله)(۱)«من حكم بين اثنين فتراضيا به فلم يعدل فعليه لعنه الله تعالى».

قال فى المسالك: «و لو لم يكن لحكمه اعتبار و لزوم لما كان لهذا التهديد معنى، و لكان التحذير على فعله لا على عدم العدل، و لأن التهديد على عدم العدل يدل على أن العله عدم عدله، و لو لم يكن جائزا كان التهديد بالأعم أولى».

و فيه أن الاستدلال حينئذ بنحو قوله تعالى(۲)«وَ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِما أَنْزَلَ اللّٰهُ»* و غيره مما ورد فى الكتاب(۳)و السنه(۴)أولى، و لذا استدل على مشروعيته بها فى كشف اللثام، و بنصوص(۵)نائب الغيبه، و بما دل(۶)على الأمر بالمعروف.

۱- ۱ ذكره ابن قدامه فى المغنى ج ۱۱ ص ۴۸۴.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآيه ۴۴ و ۴۵ و ۴۷.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآيه ۸۵ و ۱۰۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضى الحديث ۷ و ۸.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى الحديث ۵ و الباب- ۱۱- منها الحديث ۱ و ۶ و ۹.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الأمر و النهى من كتاب الأمر بالمعروف.

لکن قد عرفت تقیید تلک العمومات بإذن الإمام (علیه السلام) لأن الحکومه له، و دعوی أن المنصب له لا خصوص الحکم فی واقعه مخصوصه رضی المتنازعان فیها بحکم من حکماه کما تری مناف لظاهر الدلیل المزبور المعتضد بقوله تعالی(۱)«فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتَّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ» و بالأمر(۲)بالرد فیما تنازعوا فیه إلی الله و رسوله و أولی الأمر الذین هم الأئمه صلوات الله و سلامه علیهم، فإنهم أدری باستنباطه من غیرهم.

و نصوص نائب الغیبه منافیه لفرض موضوعه الذی هو فقد الاذن له، کما هو واضح. و أدله الأمر بالمعروف لا تقتضی الحکومه.

و أغرب من ذلک الاستدلال علیه فی المسالک بوقوعه فی زمن الصحابه و لم ینکر أحد منهم ذلک، مع أن من المعلوم عندنا انقلاب الأمر بعد موت النبی (صلی الله علیه و آله) حتی صار المنکر المعروف و الباطل المألوف.

و بذلک ظهر لک أن ما ذکره العامه من مشروعیه قاضی التحکیم فضلا عما ذکروه من الفروع التی سمعتها یشکل انطباقه علی أصولنا و إن ذکرها الأصحاب الذین هم أدری منا بکیفیه تطبیق ذلک.

نعم فی

خبر أحمد بن الفضل الکناسی(۳)المروی عن الکشی قال:

«قال أبو عبد الله (علیه السلام): أی شی ء بلغنی عنکم؟ قلت: ما هو؟ قال: بلغنی أنکم أقعدتم قاضیا بالکناسه، قال: قلت: نعم جعلت فداک، رجل یقال له عروه القتاب، و هو رجل له حظ من عقل نجتمع عنده فنتکلم و نتسائل ثم یرد ذلک إلیکم، قال: لا بأس»

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۶۵.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۵۹ و ۸۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی الحدیث ۳۱.

إلاـ أنه كمـا ترى ظـاهر فى إراده تعرف الحكم فى أحـاديثهم من القضـاء فيه لا فصل الخصومات الظاهر فى إنكاره عليهم، و لو سلم فهو مؤيـد لمـا ذكرنـاه سابقـا من الاذن سابقا فى الفصل بين الناس بأحكامهم و أنه يكون فى الحقيقه فضـلا منهم و إن ناب الشيعى فى ذكره عنهم باجتهاد أو تقليد صحيحين.

و على كـل حال فتجشم الاذن له مما عرفت أو مشـروعيته و إن لم يكن بإذن خاصه و إنشاء نصب كـذلك يقتضـى نفوذ حكمه فى جميع ما يقع فيه التداعى من المال و النكاح و القصاص و الحدود و غيرها كما نسبه فى المسالك إلى ظاهر الأصحاب.

لكن فى القواعد الإشـكال فى أهليه الحبس له و استيفاء العقوبه، و الجزم بأنه لا ينفذ حكمه على غير المتراضيين حتى لا يضرب ديه الخطأ على عاقله الراضى بحكمه.

و وجه الإشـكال فى الأـول فى كشف اللثـام من عموم أدله الأـمر بـالمعروف و النهى عن المنكر و أدله التحكيم النـاهيه عن الرد لمن له أهليه القضاء و إفضاء تعطيلها إلى الفساد، و

قول الصادق (عليه السلام) لحفص بن غياث(۱): «إقامه الحدود إلى من إليه الحكم»

و هو خيره السيد و الشيخ فى التبيان و جماعه، و من الاحتياط فى الدماء و عصمتها، و اشتراک الحدود بين حق الله و حق الناس، و التحكيم إنما هو فى حق الناس، و هو قول الشيخ فى النهايه و الاقتصاد و سلار و جماعه.

قلت: و لا يخفى عليک ما فى الثانى بعد فرض صحه الأول.

كما أنه لا يخفى عليک النظر فى جمله من الفروع المـذكوره، خصوصا ما ذكر من اعتبار رضاهما به قبل الحكم ما لم يكن أحد المتخاصمين قاضيا و إن كان منصوبا له، ضروره كون المفروض رضاه بالمرافعه عنده،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۸- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث ۱ من كتاب الحدود.

و هو أعم من نصبه الذى لا بد من تقييده مع ذلك بكونه مأذونا له فى النصب، و خصوصا دعوى كون قاضى التحكيم منصوبا من المتحاكمين المعلوم عدم أهليتهما لذلك.

بل و فيما ذكروه هنا من أنه يشترط فيه جميع ما يشترط فى القاضى المنصوب عن الامام (عليه السلام) عدا الاذن، ضروره أنه إذا كان المدرك له الإطلاق المزبور، فليس فى شى ء منه إيماء إلى الشرائط المزبوره، خصوصا مثل الكتابه و البصر و نحوهما، نعم يتجه اعتبار ما كان دليله عاما لمثله من الشرائط كالبلوغ و الإسلام و نحوهما.

و لكن هذا الكلام سهل الخطب فى المسأله عندنا كما أومأ إليه فى المسالك حيث قال: «و اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوب من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهدا، و على هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور الامام (عليه السلام) فيفرق بينه و بين غيره من القضاه بكون القاضى منصوبا و هذا غير منصوب من غير الخصمين،

أما فى حال الغيبه فسيأتى أن المجتهد ينفذ قضاؤه، لعموم الاذن، و غيره لا يصح حكمه مطلقا فلا يتصور حالتها قاضى التحكيم».

و مراده بحال الغيبه ما يشمل زمان الصادق (عليه السلام) أيضا لأن نصب مطلق المجتهد كان فيه، و هو من زمان الحضور، و لا يتصور فيه قاضى التحكيم، نعم يتصور فيما قبله مما لا إذن فيه لمطلق المجتهد، كزمن النبى (صلى الله عليه و آله) بل لعله خاص فيه أيضا، لظهور دليل نصب المجتهد فى جميع زمان الجور الذى نهينا فيه عن المرافعه إلى قضاتهم(۱)من حيث غلبه الجائرين، فيكون نصب الصادق (عليه السلام) مبنيا على نصب من قبله و أن هذا من قبيل الحكم الشرعى المتفق عليه

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى.

فيما بينهم، و حكم آخرهم كحكم أولهم، و لو سلم عدم دلالته على ذلك فأقصاها إلحاق هذا الزمان إلى زمن نصب الصادق (عليه السلام) بزمن النبى (صلى الله عليه و آله) و يختص به تصور قاضى التحكيم، و ربما احتمل تصوره فى زمن الغيبه بالمرافعه إلى المفضول مع وجود الأفضل بناء على اختصاص النصب له دونه، لكن- مع ما فى الاحتمال المزبور من النظر- ستعرف أن التحقيق نصب الجميع.

و بالجمله فقد ظهر لك بالتأمل فى جميع ما ذكرناه انحصار دليل مشروعيه التحكيم بالإجماع المدعى، و هو حجه على من لم يتبين خلافه، أو إطلاق تلك الأدله الذى إن لم يقيد بما سمعته من اعتبار إذن الامام (عليه السلام) فى مطلق الحكومه ينفتح منه باب عظيم لا يختص بقاضى التحكيم، كما أومأنا إليه فى أول البحث، و خصوصا إذا قلنا إن ذلك من المأذون فيه، و لو لا دعوى الإجماع لأمكن القطع باستفاده نفوذ الحكم بالعدل الذى هو حكم الامام (عليه السلام) من جميع شيعته.

قال أبو بصير(۱): «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): قول الله تعالى فى كتابه «وَ لا تَأْكُلُوا»(۲)إلى آخرها فقال: يا أبا بصير إن الله قد علم أن فى الأمه حكاما يجورون، أما إنه لم يعن حكام أهل العدل، و لكنه عنى حكام أهل الجور، يا أبا محمد إنه لو كان لك على رجل حق فدعوته إلى حكام أهل العدل فأبى عليك إلا

أن يرافعك إلى حكام أهل الجور ليقضوا له لكان ممن حاكم إلى الطاغوت، و هو قول الله عز و جل «أَ لَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ»(۳)إلى آخرها».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۳.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآيه ۱۸۸.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآيه ۶۰.

و قال (علیه السلام) أیضا فی خبره الآخر(۱): «أی رجل کان بینه و بین أخ له مماراه فی حق فدعاه إلی رجل من إخوانه لیحکم بینه و بینه فأبی إلا أن یرافعه إلی هؤلاء کان بمنزله الذین قال الله تعالی:

«أَ لَمْ تَرَ إِلَی الَّذِینَ»(۲)إلی آخرها».

و فی الآخر(۳)«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): ربما کان بین الرجلین من أصحابنا المنازعه فی الشی ء فیتراضیان برجل منا، فقال:

لیس هو ذاک، إنما هو الذی یجبر الناس علی حکمه بالسیف و السوط».

إلی غیر ذلک من النصوص الظاهره و الصریحه فی الاذن بالحکم بالحق و العدل، و هو الذی عندهم، و شیعتهم أجمع نواب عنهم فی ذلک، لأن المدار علی الحکم بین الناس بحکمهم.

و عن أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۴)فی وصیته لکمیل بن زیاد «یا کمیل لا غزو إلا مع إمام عادل، و لا نقل إلا من إمام فاضل، یا کمیل هی نبوه و رساله و إمامه، لیس بعد ذلک إلا موالین متبعین أو مناوئین مبتدعین، إنما یتقبل الله من المتقین».

و قال الصادق (علیه السلام) فی خبر جمیل(۵): «یغدوا الناس علی ثلاثه أصناف: عالم و متعلم و غثاء، فنحن العلماء، و شیعتنا المتعلمون، و سائر الناس غثاء».

و قال الباقر (علیه السلام) فی خبر محمد بن مسلم(۶): «لیس عند أحد من الناس حق و لا صواب و لا أحد من الناس یقضی بقضاء

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۲.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۶۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۸.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۳۵.

۵- ۵ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱۸.

۶- ۶ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۲۰.

حق إلا ما خرج من عندنا أهل البيت»

الخبر.

و فی الدعائم عن علی (علیه السلام)(۱)«کل حاکم یحکم بغیر قولنا أهل البیت فهو طاغوت، و قرأ «یُرِیدُونَ» إلی آخرها(۲)ثم قال: و الله فعلوا و تحاکموا إلی الطاغوت و أضلهم الشیطان ضلالا بعیدا، فلم ینج من هذه الأمه إلا نحن و شیعتنا، و قد هلک غیرهم، فمن لم یعرف حقهم فعلیه لعنه الله»

فلاحظ و تأمل جیدا.

هذا و قد بان لک الحال فی أنه بناء علی المشروعیه یعم الجواز کل الأحکام و الله العالم.

و کیف کان ف سمع عدم حضور الامام علیه السلام کما فی هذا الزمان ینفذ قضاء الفقیه من فقهاء أهل البیت الجامع للصفات المشترطه فی الفتوی المذکوره فی کتب الأصول و بعض کتب الفروع بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه لقول أبی عبد الله (علیه السلام)

(۷)- فی خبر أبی خدیجه(۳): «إیاکم أن یحاکم بعضکم بعضا إلی أهل الجور، و لکن انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئا من قضائنا

فاجعلوه بینکم قاضیا، فانی جعلته قاضیا، فتحاکموا إلیه

(۸)-». و خبره الآخر(۴)قال: «بعثنی أبو عبد الله (علیه السلام) إلی أصحابنا فقال: قل لهم: إیاکم إذا وقعت بینکم خصومه أو تدارئ بینکم فی شی ء من الأخذ و العطاء أن تتحاکموا إلی أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بینکم رجلا ممن قد عرف حلالنا و حرامنا، فانی قد جعلته قاضیا،

۱- ۱ المستدرک- الباب- ۴- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۷.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۶۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۵.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۶.

و إیاکم أن یتحاکم بعضکم بعضا إلی السلطان الجائر».

و مقبول ابن حنظله(۱)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجلین من أصحابنا یکون بینهما منازعه فی دین أو میراث فتحاکما إلی السلطان أو إلی القضاه أ یحل ذلک؟ فقال: من تحاکم إلی الطاغوت فحکم له فإنما یأخذ سحتا و إن کان حقه ثابتا، لأنه أخذ بحکم الطاغوت، و قد أمر الله أن یکفر به، قلت: کیف یصنعان؟ قال: انظروا إلی من کان منکم قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا فارضوا به حاکما، فانی قد جعلته علیکم حاکما، فإذا حکم بحکمنا فلم یقبله منه فإنما بحکم الله استخف و علینا رد، و الراد علینا الراد علی الله، و هو علی حد الشرک بالله، قال: فان کان کل واحد اختار رجلا من أصحابنا فرضیا أن یکونا الناظرین فی حقهما، و اختلفا فیما حکما، و کلاهما اختلفا فی حدیثکم، فقال: الحکم ما حکم به أعدلهما و أفقههما و أصدقهما فی الحدیث و أورعهما، و لا یلتفت إلی ما یحکم به الآخر، قال: فقلت: فإنهما عدلان مرضیان عند أصحابنا لا یفضل واحد منهما علی صاحبه، قال: فقال:

ینظر إلی ما کان من روایتهم عنا فی ذلک الذی حکما به المجمع علیه عند أصحابک، فیؤخذ به من حکمنا، و یترک الشاذ الذی لیس بمشهور عند أصحابک، فإن المجمع علیه لا ریب فیه، و إنما الأمور ثلاثه: أمر بین رشده فیتبع، و أمر بین غیه فیجتنب، و أمر مشکل یرد حکمه إلی الله و إلی الرسول، قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): حلال بین

۱- ۱ ذکر صدره فی الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱ و بعده و ذیله فی الباب- ۹- منها- الحدیث ۱ و قطعه منه فی الباب- ۱۲- منها الحدیث ۹ مع الاختلاف فی بعض قطع الحدیث. راجع الکافی ج ۱ ص ۶۷ و ج ۷ ص ۴۱۲ و التهذیب ج ۶ ص ۲۱۸ و ۳۰۱.

و حرام بین و شبهات بین ذلک، فمن ترک الشبهات نجا من المحرمات، و من أخذ بالشبهات ارتکب المحرمات، و هلک من حیث لا یعلم، قال:

قلت: فان کان الخبران عنکم مشهورین قد رواهما الثقات عنکم، قال:

ینظر فما وافق حکمه حکم الکتاب و السنه و خالف العامه أخذ به، قال:

قلت: جعلت فداک فان وجدنا أحد الخبرین موافقا للعامه و الآخر مخالفا لها بأی الخبرین یؤخذ؟ قال: بما یخالف العامه، فإن فیه الرشاد، قلت:

جعلت فداک فان وافقها الخبران جمیعا، قال: ینظر إلی ما حکامهم إلیه أمیل و قضاتهم فیترک و یؤخذ بالآخر، فقلت: فان وافق حکامهم و قضاتهم الخبران جمیعا، قال: إذا کان کذلک فأرجه حتی تلق إمامک، فإن الوقوف عند الشبهات خیر من الاقتحام فی الهلکات».

و قد سمعت المروی عن صاحب الزمان روحی له الفداء(۱).

و خبر داود بن الحصین(۲)«فی رجلین اتفقا علی عدلین جعلاهما بینهما فی الحکم وقع بینهما فیه اختلاف فرضیا بالعدلین، و اختلف العدلان بینهما، عن قول أیهما یمضی الحکم؟ فقال: ینظر إلی أفقههما و أعلمهما بأحادیثنا و أورعهما فینفذ حکمه، و لا یلتفت إلی الآخر».

و خبر النمیری(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) قال: «سئل عن رجل یکون بینه و بین أخ له منازعه فی حق یتفقان علی رجلین یکونان بینهما فحکما فاختلفا فیما حکما، قال: و کیف یختلفان؟ قلت: حکم کل واحد منهما للذی اختاره الخصمان، فقال: ینظر إلی أعدلهما و أفقههما فی دین الله فیمضی حکمه».

فهو حینئذ مأذون منهم و منصوب من قبلهم فی الحکم بین الناس

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۹.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۲۰.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۴۵.

بحكمهم، لا ـ أن هـذا الشـرط ساقـط فى زمن الغيبه، كمـا توهمه عبـاره المسالـك، بـل ظـاهر خبر أبى خـديجه الاكتفـاء بتجزى الاجتهاد فى الحكومه، لصدق معرفه شى ء من قضائهم.

و المناقشه بعدم المعرفه لشى ء مطلقا إلا للمجتهد المطلق يدفعها الوجدان الصحيح، للتجزى فى الملكه و الفعل على وجه يساوى معرفه المجتهد المطلق، بل قد يزيد عليها.

و احتمال إراده الملكه العامه من الشـى ء- لأن غير الامام و إن كان مجتهـدا مطلقا ليس عنده إلا شـى ء من الأحكام، إذ معرفتها أجمع مختصه بالإمام- مناف لظاهر الخبر(۱)الذى لا معارضه بينه و بين المقبوله(۲)بناء على ظهورها فى المجتهد المطلق، لعموم الجمع المضاف فيها، لأن أقصى الخبرين الاذن لكل منهما فى ذلك.

هذا مضافا إلى ما سمعته من تلك المطلقات التى لا إشعار فى شى ء منها باعتبار الاجتهاد فضلا عن كونه مطلقا.

و من ذلك يعلم حينئذ أن فتوى المتجزى حجه له و لغيره، ضـروره اقتضاء نفوذ حكمه الخاص صـحه فتواه الكليه التى بنى عليها الحكم الخاص، و أنها مندرجه فى القسط و العدل و الحق و فيما أنزل الله، و أنها من حكمهم.

نعم لو كـان دليـل التجزى الرجحـان العقلى لظنه الاجتهـادى على تقليـده اتجه اختصاص ذلك به دون غيره، لكن قـد عرفت أن السـمع واف بالدلاله عليه على الوجه المزبور، بل صدق معرفه الحكم الشـرعى بطرقه المقرره عنهم (عليهم السلام) لا تحتاج إلى دليل، ضروره كونها كمعرفه غيره من العلوم، و بها يكون معلومه من أحكامهم (عليهم السلام) و من

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى الحديث ۱.

العدل و القسط و الحق، کما هو واضح بأدنی تأمل و نظر.

و علی کل حال ف لو عدل إلی قضاه الجور و الحال هذه کان مخطئا آثما قطعا، لما سمعته من النصوص المعتبره(۱)نعم لو توقف حصول حقه علیه و لو لامتناع خصمه عن المرافعه إلا إلیهم جاز، کما یجوز الاستعانه بالظالم علی تحصیل حقه المتوقف علی ذلک، و الإثم حینئذ علی الممتنع، کما هو ظاهر ما سمعته من النصوص(۲)الظاهره فی اختصاصه بالإثم.

و أشکله فی الکفایه بأن حکم الجائر بینهما فعل محرم و الترافع إلیه یقتضی ذلک، فیکون إعانه علی الإثم، و هی منهی عنها(۳).

یدفعه منع کونه إعانه أولا و منع حرمتها ثانیا، خصوصا بعد ظهور النصوص فیما ذکرنا، و خصوصا إذا کان الخصم منهم، فإنه لا ینبغی التوقف فی جواز أخذ الحق منه بحکم قضاتهم.

بل لعله المراد من

خبر علی بن محمد(۴)قال: «سألته هل نأخذ فی أحکام المخالفین ما یأخذون منا فی أحکامهم؟ فکتب یجوز لک ذلک إنشاء الله إذا کان مذهبکم فیه التقیه و المداراه لهم»

بناء علی ما فی الوافی من أن «المراد هل یجوز لنا أن نأخذ حقوقنا منهم بحکم قضاتهم کما یأخذون منا بحکم قضاتهم، یعنی إذا اضطر إلیه، کما إذا قدمه الخصم إلیهم».

و یمکن کون المراد أخذ نحو الشفعه بالجوار و العصبه منهم کما یأخذون منا، أو غیر ذلک مما لا یندرج فیه الأخذ بغیر حق منهم، فإنه غیر جائز، کما صرح به فی خبر البغل(۵)المتقدم فی الغصب.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی.

۳- ۳ سوره المائده: ۵- الآیه ۲.

۴- ۴ التهذیب ج ۶ ص ۲۲۴- الرقم ۵۳۵ و الوسائل- الباب ۱۱ من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۷- من کتاب الإجاره- الحدیث ۱.

و فی

خبر ابن فضال(۱)قال: «قرأت فی کتاب أبی الأسد إلی أبی الحسن الثانی (علیه السلام) و قرأته بخطه سأله ما تفسیر قوله تعالی(۲):

«وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ وَ تُدْلُوا بِها إِلَى الْحُكَّامِ» فکتب إلیه بخطه: الحکام: القضاه، قال: ثم کتب تحته: هو أن یعلم الرجل أنه ظالم فیحکم له القاضی، فهو غیر معذور فی أخذ ذلک الذی حکم به إذا کان قد علم أنه ظالم»

بل ربما کان ذلک مقطوعا به، فلیس المراد حینئذ إلا ما ذکرناه أولا من الوجهین.

و قال علی بن الحسین (علیهما السلام) فی خبر عطاء بن السائب(۳): «إذا کنتم فی أئمه الجور فامضوا فی أحکامهم، و لا تشهروا أنفسکم فتقتلوا، و إن تعاملتم بأحکامنا کان خیرا لکم».

و قد یستفاد من هذا الخبر- مضافا إلی کون التقیه دینا- صحه المعامله بأحکامهم تقیه علی نحو الصحه فی العباده و إن افترقا بقاعده الاجزاء فی الثانیه دون الأولی، لکن هذا الخبر- مع کون التقیه دینا- یقتضی الأعم إلا أنه لم یحضرنی الآن کلام للأصحاب بالخصوص، نعم فی رساله منسوبه للکرکی الحکم بالبطلان فی العباده و المعامله إلا ما نص فیه علی الصحه کالوضوء و نحوه، و لا ریب فی فساده فی العباده، أما المعامله فمحل نظر.

هذا و فی الکفایه أیضا أنه یستفاد من الخبرین عدم جواز أخذ شی ء بحکمهم و إن کان له حقا، و هو فی الدین ظاهر، و فی العین لا یخلو من إشکال، لکن مقتضی الخبرین التعمیم، و کأن فرقه بین الدین و العین باحتیاج الأول إلی تراض فی التشخیص، و الفرض جبر المدیون بحکمهم، بخلاف العین.

و فیه أن الجبر و إن کان إثما فیه لکن لا ینافی تشخص الدین بعد

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۹.

۲- ۲ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۸۸.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۷.

فرض كونه حقـا، على أن فى صـدر أحـد الخبرين المنـازعه فى دين أو ميراث، فلاـ بـد من حمل الخبرين على الأعم من ذلك، لكن على معنى أن أصل ثبوت الاسـتحقاق للـدين أو العين قـد كان بحكمهم الباطل، لا أنهما ثابتان بالحكم الحق و أخذهما قد كانـا بحكم الطـاغوت، مـع احتمـال الـتزام الحرمه فيهمـا أيضـا فى ذلـك، لكن على معنى حرمه التصـرف و إن كانـا مملـوكين، فيكونان بحكم السحت فى الإثم و لو باعتبار المقدمه، فتأمل جيدا، و الله العالم.

[المسأله الثانيه تولى القضاء مستحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشرائطه]

المسأله الثانيه تولى القضاء ممن له القضاء كالنبى و الامام مسـتحب لمن يثق من نفسه بالقيام بشـرائطه لعظم الفوائـد المترتبه عليه المعلوم رجحانها عقلا و نقلا، و لذا تولاه النبى (صلى الله عليه و آله) و غيره من الأنبياء و

فى وصيه أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح(۱): «و إياك و التضجر و التأذى فى مجلس القضاء الذى أوجب فيه الأجر و أحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق».

الحديث. و نحوه غيره(۲)لكن خطره عظيم، ف

فى الخبر «من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين، قيل: و ما الذبح؟ قال: نار جهنم»(۳)

و أنه «يجاء بالقاضى العدل يوم القيامه فيلقى من شده الحساب ما يتمنى أنه لم يقض بين اثنين فى عمره قط»(۴)

و «أن النواويس(۵)شكت إلى الله تعالى شده حرها،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱ و غيره من أبواب آداب القاضى.

۳- ۳ المستدرك الباب ۳ من أبواب صفات القاضى الحديث ۴.

۴- ۴ سنن البيهقى- ج ۱۰ ص ۹۶ و فيه« فى تمره قط».

۵- ۵ هى موضع فى جهنم أو مقابر النصارى.

فقال لها: اسكنى إن موضع القضاه أشد حرا منك»(۱)

و غير ذلك- خصوصا ما رواه الثمالى(۲)عن الباقر (عليه السلام) فى قاض من بنى إسرائيل عوقب لموضع هواه قد كان مع من كان الحق له- مما صار سببا لامتناع جماعه من أكابر التابعين و غيرهم عنه، و لكنه محمول على أولويه تركه لمن لم يثق من نفسه بالقيام بشرائطه، كما أنه يحرم على من علم بفقده لها.

و ربما وجب تولى القضاء مقدمه للأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و للقيام منه بالقسط و لكن يكون وجوبه حينئذ على الكفايه لعموم الخطابات المعلوم إراده حصوله من مجموعهم لا من مباشر بعينه و لو جميعهم. نعم قد يتعين فرد

للانحصار أو لمصلحه اقتضت تعيين الامام (عليه السلام) له أو غير ذلك مما لا ينافى كون وجوبه الذى هو مفاد الخطابات الشرعيه كفائيا، كما هو واضح.

و لا ينافى ذلك توقف صحته على إذن الامام (عليه السلام) نحو ما تقدم فى نحو غسل الميت الذى هو كفائى، و صحته موقوفه على إذن الولى.

هذا و لكن فى المسالك «أن حكم المصنف باستحبابه لمن يثق بنفسه محمول على طلبه من الامام ممن لم يأمره به إذا كان من أهله، أو على فعله لأهله فى حال الغيبه حيث لا يتوقف على إذن خاص».

و فى الأخير أنه واجب و إن زاد أهله على قدر الكفايه و سقط بفعله عن الباقين، و أما الأول فهو مخالف لما ذكره فى الصوره السادسه.

و كأنه أشار به إلى ما فى الدروس «و لو لم يوجد سوى واحد تعين، و لو وجد غيره ففى استحباب تعرضه للولايه نظر، من حيث الخطر

۱- ۱ المستدرك الباب- ۶- من أبواب آداب القاضى الحديث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب آداب القاضى الحديث ۱.

و عظم الثواب إذا سلم، و الأقرب ثبوته لمن يثق من نفسه بالقيام به».

و فی الروضه «و لو لم یعلم الامام لزمه الطلب، و فی استحبابه مع التعدد عینا قولان: أجودهما ذلک مع الوثوق».

و تبعه فی کشف اللثام، قال: «و یستحب التولیه علی الأعیان إلا من وجبت علیه عینا، لأنه أمر مرغوب عقلا و شرعا».

و أوضح ذلک فی الریاض، فقال: «و استحبابه- أی قبوله- عینی، فلا ینافی ما قدمناه من أنه واجب کفائی».

و فیه أن التنافی بینهما ظاهر، ضروره تبعیه القبول و التعرض و نحوهما مما هو مقدمه لفعل القضاء، فمع فرض کون وجوبه کفائیا تکون مقدمته کذلک.

نعم قد یقال: إنه لو فرض تلبس من تقوم به الکفایه من الناس بها أمکن القول بسقوطها حینئذ عن الباقین، و لا یکفی فی السقوط نفس وجود الغیر من دون تلبس، کما فی غیر المقام من الکفائی، و حینئذ یمکن الکلام فی الدلیل علی الاستحباب، إذ لا دلیل علی رجحان تحصیل منصب القضاء لنفسه، و إنما رجحانه إن کان فهو لیس إلا مقدمه للقضاء المفروض کونه واجبا کفائیا و لم یقم به أحد، فإن التلبس بمنصبه و الاستعداد له لا یقتضی فعله المتوقف علیه السقوط عن الباقین. و من هنا لو وقع ممن تأخر عن الأولین فی التلبس بمنصبه کان أداء واجب.

بل قد یقال لذلک: إن الواجب الکفائی لا یسقط وجوب مقدمته بالتلبس بها عن الباقین، بل هی باقیه علی الوجوب، و إن زاد من تلبس بها علی قدر الکفایه، ضروره بقاء الخطاب بذیها، لعدم الدلیل علی سقوطه بالتلبس بمقدماته، بل ظاهر الأدله خلافه.

و من ذلک ظهر لک أنه لا مناص عن القول باختصاص منصب القضاء من حیث إنه کذلک بالإمام (علیه السلام) و خطاب وجوبه

متوجه إليه خاصه، و أما غيره فيستحب له توليه منه لما فيه من الفوائد.

و ربما يجب ذلك إذا كان مقدمه للأمر بالمعروف الذى هو واجب كفائى، لا من حيث كونه قضاء الذى قد عرفت اختصاص خطاب وجوبه بالإمام (عليه السلام) نعم قد يجب كفايه أو عينا أيضا من حيث أمر الإمام (عليه السلام) به.

و بذلك حينئذ يظهر الوجه فى الاستحباب المزبور مع قولهم بوجوب القضاء كفايه، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا، ضروره تعدد موضوع الاستحباب و الوجوب، بل ظاهر المتن أنه مستحب ذاتى و ربما عرض له الوجوب، و حينئذ يكون كفائيا، و لعل مراده ما ذكرناه، و الله العالم.

و إذا علم الامام (عليه السلام) أن بلدا خال من قاض مع الحاجه إليه لزمه نصب قاض فيه ب أن يبعث له أو يأمر أحدا قابلا له من أهله به، لأنه من السياسه اللازمه له و يأثم أهل البلد بالاتفاق على منعه لما فيه من مخالفه الإمام (عليه السلام) و منع قيام كلمه الحق و اختلال النظام، بل يحل قتالهم طلبا للإجابه كما فى كل مخالف للإمام (عليه السلام) فى سياسه الرعيه.

و لو وجد من هو بالشرائط فامتنع عن قبول القضاء لم يجبر مع وجود مثله لعدم توقف السياسه حينئذ عليه، و لو امتنعوا أجمع فسقوا و خرجوا عن قابليه منصب القضاء و إن كان لا يسقط الوجوب عنهم بذلك، للقدره على التوبه.

و لو ألزم الإمام (عليه السلام) أحدهم قال فى الخلاف:

لم يكن له الامتناع، لأن ما يلزم به الامام واجب و رده المصنف بأنا نحن نمنع الإلزام (۱۱) به مع عدم تعيينه إذ الإمام (عليه السلام) لا يلزم بما ليس لازما.

و فيه كما فى المسالك و غيرها أنه قد يلزم به لمصلحه من المصالح، و يدفع بانحصار الأمر فيه حينئذ مع عدم حصولها فى غيره.

اللهم إلا أن يقال: إنها تكفى فى أمر الإمام (عليه السلام) بخصوصه له لا من حيث اقتضائها الوجوب عليه، بل له إلزامه به اقتراحا بناء على ما عرفت من أن القضاء لا خطاب به لأحد غير الامام (عليه السلام) و أن وجوبه على غيره إنما هو من جهه أمره الذى قد يكون تعيينا و قد يكون كفائيا نحو أمر الساده للعبيد بعد أن كان أمر السياسه الدينيه إليه و الأمر بطاعته.

أما إذا لم يكن من هذه الحيثيه و نحوها فالظاهر كما ذكر المصنف أنه لا يلزم بما ليس لازما عند الله فى أفراد الواجب المخير و الموسع و الكفائى إذ أمره أمر الله تعالى شأنه، و

فى الدعائم(۱)عن جعفر بن محمد (عليه السلام) أنه قال: «ولايه أهل العدل الذين أمر الله بولايتهم و توليتهم و قبولها و العمل لهم فرض من الله و طاعتهم واجبه، و لا يحل لمن أمروه بالعمل لهم أن يتخلف عن أمرهم»

إلى آخره، هذا كله مع وجود غيره.

أما لو لم يوجد غيره تعين هو للانحصار و حينئذ فإذا أمره الإمام (عليه السلام) لزمه الإجابه و ليس له الامتناع، فان امتنع فسق و خرج عن أهليه القضاء لذلك و إن كان لا يسقط الوجوب عنه لقدرته على تحصيل الشرط بالتوبه.

بل لو لم يعلم به الامام (عليه السلام) وجب أن يعرف نفسه لأن فعل القضاء من باب الأمر بالمعروف غالبا فيجب تحصيل مقدمته، و لا ينافى ذلك ما قدمناه من كون منصب القضاء للإمام (ع)

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى الحديث ۵.

و لو تعدد القابلون له و لم یعلم بهم الإمام فأعلمه أحدهم علی وجه قام به سقط عن الباقین، بل فی استحبابه لهم إشکال.

بل فی استحباب الابتداء بذلک تعرضا للولایه عند الحاجه ذلک أیضا، بل

عن النبی (صلی الله علیه و آله) أنه قال لعبد الرحمن بن بکره(۱): «لا تسأل الاماره، فإنک إن أعطیتها عن مسأله وکلت إلیها، و إن أعطیتها عن غیر مسأله أعنت علیها».

نعم لا یبعد رجحان طلب ذلک إذا وثق من نفسه و کان قصده إقامه کلمه الحق، کما عرفته سابقا و لو ببذل مال لجائر أو عادل لبیت المال إن قلنا بجوازه علی ابتداء التولیه أو استدامتها، بل ربما وجب، إذ احتمال أنه رشوه أو کالرشوه لا وجه له، و إن حکی عن بعض ذلک.

لکن لا یخفی علیک ما فیه، خصوصا بعد الإحاطه بما تقدم فی مکاسب الکتاب(۲)بل لا بأس ببذل المال علی عزل من هو لیس أهلا للقضاء.

و مما ذکرنا ظهر لک الحال فی جمیع صور المقام و إن أطنب بها فی المسالک حتی قول المصنف و هل یجوز أن یبذل مالا لیلی القضاء؟

قیل: لا لأنه کالرشوه و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا وجد اثنان متفاوتان فی الفضیله مع استکمال الشرائط المعتبره فیهما فان قلد الأفضل جاز]

المسأله الثالثه:

إذا وجد اثنان متفاوتان فی الفضیله مع استکمال الشرائط المعتبره فی القاضی فیهما فان قلد الامام الأفضل منصب القضاء جاز قطعا و إن کان المفضول أورع، لأن ما عند الأفضل من العداله یکفی فی منعه من التهجم علی المحارم و یبقی فضله خالیا عن المعارض،

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۱۰۰ عن عبد الرحمن بن سمره.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۱۴۵- ۱۴۹.

نعم مع تساويهما فى العلم يقدم الأعدل، لكونه أرجح حينئذ، فيكون الحاصل حينئذ ترجيح أعلم الورعين و أورع العالمين، لقاعده قبح ترجيح المرجوح على الراجح.

و على كل حال ف هل يجوز العدول إلى المفضول مع وجود الأفضل؟ فيه تردد من الاشتراك فى الأهليه، و لما هو المعلوم من إفتاء الصحابه مع اختلافهم فى الفضيله و عدم النكير عليهم، فيكون ذلك إجماعا منهم، و لما فى تكليف العامى بذلك من العسر و الحرج، لعدم تأهله لمعرفه الأفضل من غيره.

و من أن الظن بقول الأعلم أقوى فيجب أتباعه، إذ أقوال المفتين بالنسبه إلى المقلد كالأدله بالنسبه إلى المجتهد فى وجوب اتباع الراجح، و لخبر عمر بن حنظله(۱)و غيره المتقدمه سابقا المنجبر اسنادها بالتعاضد و تلقى الأصحاب لها بالقبول.

و فعل الصحابه بعد إعراضهم عن الامام (عليه السلام) ليس حجه عندنا. و تعرف الأفضل ممكن بشهاده أهل الخبره كتعرف أصل الأهليه.

و لكن مع ذلك كله ف الوجه عند المصنف الجواز، لأن خلله إن كان ينجبر بنظر الامام (عليه السلام) الذى نصبه. و فيه أنه إنما يتم مع قربه منه و اطلاعه على أحكامه لا مع بعده عنه على وجه لا يعلم شيئا من وقائعه، و فرض المسأله أعم من الأول، على أن أصل فرضها فيما ذكر خال عن الثمره، ضروره كونه أعلم بما يفعل مع حضوره.

إنما الكلام فى نواب الغيبه بالنسبه إلى المرافعه إلى المفضول منهم و تقليده مع العلم بالخلاف و عدمه، و الظاهر الجواز، لإطلاق أدله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى الحديث ۱.

النصب المقتضى حجيه الجميع على جميع الناس، و للسيره المستمره فى الإفتاء و الاستفتاء منهم مع تفاوتهم فى الفضيله.

و دعوى الرجحان بظن الأفضل يدفعها- مع إمكان منعها فى كثير من الأفراد المنجبر نظر المفضول فيها فى زمانه بالموافقه للأفضل فى الأزمنه السابقه و بغيرها- أنه لا دليل عقلا و نقلا فى وجوب العمل بهذا الرجحان فى خصوص

المسأله، إذ لعل الرجحان فى أصل شرعيه الرجوع إلى المفضول و إن كان الظن فى خصوص المسأله بفتوى الفاضل أقوى نحو شهاده العدلين.

و مع فرض عدم المانع عقلا فإطلاق أدله النصب بحاله، و نفوذ حكمه فى خصوص الواقعه يستلزم حجيه ظنه فى كليها، و أنه من الحق و القسط و العدل و ما أنزل الله، فيجوز الرجوع إليه تقليدا أيضا، و النصوص(۱)السابقه إنما هى فى المتنازعين فى حق و قد حكما فى أمرهما رجلين دفعه فحكم كل واحد منهما لكل واحد منهما، و لا وجه للتخيير هنا، كما فى أصل المرافعه و التقليد، ضروره تحقق فصل الدعوى بقول أحدهما، لاتفاق النصوص(۲)على ذلك، و أنه لا يبطل حكم كل منهما بحكم الآخر، فليس حينئذ إلا الترجيح للحكم فى كلى الواقعه بالمرجحات التى ذكرها الامام (عليه السلام) و قال: إنه مع فرض فقدها أجمع يقف حتى يلقى الامام، و هذا غير أصل التخيير فى الترافع و التقليد المستفاد من إطلاق أدله النصب المعتضد بالعمل فى جميع الأعصار و الأمصار.

بل لعل أصل تأهل المفضول و كونه منصوبا يجرى على قبضه و ولايته مجرى قبض الأفضل من القطعيات التى لا ينبغى الوسوسه فيها، خصوصا بعد ملاحظه نصوص(۳)النصب الظاهره فى نصب الجميع الموصوفين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضى الحديث ۵ و الباب- ۱۱- منها الحديث ۱ و ۶.

بـالوصف المزبور لاـ الأفضـل منهم و إلا لوجب القول «انظروا إلى الأفضل منكم» لا «رجل منكم» كما هو واضـح بأدنى تأمل، و خصوصـا بعـد إطلاق ما حكوه من الإجماع على قاضـى التحكيم، بل لعل التأمل فى نحو المقبوله(۱)من النصوص يقضى بجواز المرافعه إلى المفضول قبل تحقق الخلاف فيه.

و من ذلـك يعلم أن نصوص الترجيح(۲)أجنبيه عما نحن فيه من المرافعه ابتـداء أو التقليـد كذلك مع العلم بالخلاف و عدمه. و من الغريب اعتماد الأصحاب عليها فى إثبات هذا المطلب، حتى أن بعضا منهم جعل مقتضاها ذلك مع العلم بالخلاف الذى عن جماعه من الأصوليين دعوى الإجماع على تقديمه حينئذ لا مطلقا فجنح إلى التفصيل فى المسأله بذلك.

و أغرب من ذلك الاسـتناد إلى الإجماع المحكى عن المرتضى فى ظاهر الذريعه و المحقق الثانى فى صريح حواشى الجهاد من الشـرائع على وجوب الـترافع ابتـداء إلى الأفضـل و تقليـده، بـل ربمـا ظهر من بعضـهم أن المفضول لاـ ولاـ يه له أصـلا مع وجود الأفضل، ضروره عدم إجماع نافع فى أمثال هذه المسائل، بل لعله بالعكس، فإن الأئمه (عليهم السلام) مع وجودهم كانوا يأمرون الناس بالرجوع إلى أصـحابهم من زراره و محمـد بن مسـلم و أبى بصـير و غيرهم، و رسول الله (صـلى الله عليه و آله) كان يولى القضـاء بعض أصـحابه مع حضور أمير المؤمنين (عليه السـلام) الـذى هو أقضاهم، قال فى الـدروس: «لو حضـر الإمام فى بقعه و تحوكم إليه فله رد الحكم إلى غيره إجماعا».

على أنه لم نتحقق الإجمـاع عن المحقق الثـانى، و إجمـاع المرتضـى مبنى على مسـأله تقليـد المفضول الإمامه العظمى مع وجود الأفضل، و هو غير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب صفات القاضى الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب صفات القاضى.

ما نحن فيه، ضروره ابتنائها على قبح ترجيح المرجوح على الراجح، فلا نصب من الله تعالى شأنه لها مع وجود الأفضل، و لا مدخليه لهذه المسأله فيما نحن فيه قطعا، و ظني و الله أعلم اشتباه كثير من الناس في هذه المسأله بذلك.

و لا يخفى عليك أنه لا مدخليه للتوسعه فيما نحن فيه منهم (عليهم السلام) في جواز الرجوع إلى رواه أحاديثهم و فقهاء شرعهم و إن تفاوتوا في تلك المسأله بوجه من الوجوه، كما هو واضح بأدنى تأمل، خصوصا بعد أن كان لا مانع عقلا و النقل يقتضيه، فيجوز حينئذ نصبه و الترافع إليه و تقليده مع العلم بالخلاف و عدمه.

نعم لو فرض أن المتخاصمين قد حكموا رجلين فصاعدا في أمرهم فاختلف الحكم الصادر منهم في ذلك رجح بالمرجحات المذكوره، و دعوى اقتضاء ذلك الترجيح في أصل المرافعه و في التقليد ابتداء مع العلم بالخلاف أو مطلقا ممنوعه كل المنع، و الله العالم.

ثم إنه بناء على تقدم الأفضل فهل هو من حكم المانع أو الشرط؟

وجهان، لا يخفى عليك الثمره بينهما، كما أنه لا يخفى عليك ظهور النص(۱)في مضي حكم المفضول مع الترافع إليه خاصه و إن علم بعد حكم الفاضل بخلافه سيما إذا لم يعلم بكونه أفضل إلا بعد ذلك.

و الظاهر أن المدار على الفضيله في الفقه و لو باعتبار الفضيله في المقدمات على وجه يعد كونه أفقه، أما ما لا مدخليه له فيه فلا عبره به.

۱- ۱ الوسائل الباب ۹ من أبواب صفات القاضي الحديث ۱.

[المسأله الرابعه إذا أذن الامام علیه السلام له فی الاستخلاف]

المسأله الرابعه:

إذا أذن الامام (علیه السلام) له فی الاستخلاف مطلقا أو علی وجه خاص عنه نفسه أو عن الامام جاز، و لو منع عنه لم یجز و إن صعب علیه القیام بما فوضه إلیه لسعته بلا خلاف فی شی ء من ذلک، بل و لا إشکال، لأن الحکومه حق له، فهو مسلط علیها تسلط المالک علی ملکه من غیر فرق بین الاحتیاج لذلک لسعه الولایه أو لا، کما لو أذن للوکیل فی التوکیل أو نهاه.

و مع إطلاق التولیه نظر إن کان هناک أماره تدل علی الاذن فی ذلک مثل سعه الولایه التی لا تضبطها الید الواحده جاز الاستنابه لشهاده الحال بالاذن فیها، و هل یستخلف حینئذ فی القدر الزائد علی ما یمکنه القیام به أو فی الکل؟ وجهان تقدما فی توکیل الوکیل.

و إلا تکن هناک أماره فلا یجوز الاستنابه استنادا إلی أن القضاء موقوف علی الاذن و الفرض حصولها له دون غیره علی نحو ما سمعته فی الوکیل بخلاف الأول الذی قد عرفت شهاده الحال بالاذن، لکن هل هی فی النیابه عنه أو عن الامام (علیه السلام)؟ کما سمعته فی التوکیل و إن کان الأقوی الأول، اللهم إلا أن یقال: فرق بین المقام و بین الوکیل بتحقق الولایه فیه نحو الوصایه، بل و أقوی، بل هو ظاهر نصب الغیبه المساوی فی الکیفیه لنصب الحضور، و حینئذ یکون التوکیل مع الإطلاق.

لکن فی المسالک- بعد أن احتمله مستدلا له بأنه ناظر فی المصالح

العامه فيمكن من الاستنابه كالإمام، و لأنه قد وثق بنظره الذى من جملته الاستنابه- قال: «و يضعف الأول بأنه قياس مع وجود الفارق، و إنما رضى بنظره فى القضاء بنفسه لا مطلقا».

و فيه أن الدليل ما عرفت إلا أن يمنع اقتضاء النصب للقضاء فى زمن الحضور أزيد من معنى التوكيل بخلاف النصب فى زمن الغيبه، فإنه إحداث ولايه كما هو مقتضى جعله حجه عليهم، كما أنه حجه الله.

و حينئذ يتجه التفصيل فى النصب بين أن يكون على معنى التوكيل فليس له الاستنابه إلا بالاذن، و بين أن يكون على معنى الولايه، فيجوز كما فى نصب الغيبه.

و دعوى عدم جواز النصب بالمعنى الثانى- لمنافاته كون الحكومه من الله للإمام (عليه السلام) ضروره عدم صلاحيته للغير ولايه لا نيابه، و إنما جاز التوكيل فى زمن الغيبه لظهور الأدله فى معنى الوكاله المطلقه- يدفعها أن ذلك هو المراد بالولايه، فلا منافاه بين كون الحكومه له و بين توليته غيره على حسب ولايه الأب و الجد اللذين جاز لهما إثباتها لغيرهما بالوصايه.

فلا ريب فى أن التحقيق أن النصب للقضاء يقع على الوجهين المزبورين و إن كانا هما معا بمعنى الاستنابه، إلا أنها بالمعنى الثانى استنابه خاصه هى للولايه أقرب منها للوكاله فى مثل نصب الغيبه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و لا يخفى عليك ما يتفرع على ذلك و لا ما يتفرع على الاستنابه عنه أو عن الامام (عليه السلام) التى قد مر كثير منها فى وكيل الوكيل.

و على كل حال فحيث يجوز الاستخلاف للقضاء فلا ريب فى أنه يعتبر فيه ما يعتبر فى المنصوب الأصيل، ضروره كونهما منصوبين له، فلا بد من كونه مجتهدا بناء على اعتباره فى القضاء.

نعم فی المسالک «إلا أن یفوض إلیه أمرا خاصا لا یتوقف علی الاجتهاد کسماع البینه و نقلها إلیه، و فی التحلیف بعد أن سمع الحاکم البینه دون الحکم، فیکفیه العلم بشرائط ذلک- قال-: و من هنا یظهر أن المجتهد فی حال الغیبه لا یمکنه تولیه أحد الحکم بین الناس مطلقا، لأن النائب إن کان مجتهدا کان أصلا کالمستنیب، و إن کان المستنیب أعلم و قلنا بترجیحه حیث لا یشترط الأفضلیه أو حذر الوصول إلی الأفضل و إن کان مقلدا لم ینفذ حکمه مطلقا، و إنما یتصور ذلک فی القاضی المنصوب من قبل الامام (علیه السلام) إذا استناب مجتهدا غیر منصوب».

قلت: قد یقال: إن لم یکن إجماع لا مانع من التوکیل فی إنشاء صیغه الحکم من قول: «حکمت» و نحوه، نحو إنشاء صیغه الطلاق الذی هو بید من أخذ بالساق، فان عمومات الوکاله سواء فی تناولهما، بل لعل شمولها لنحو ذلک أولی من شمولها لسماع البینه و للتحلیف و نحوهما، اللهم إلا أن یراد عدم قبول الحکم الذی هو بمعنی الفصل للتوکیل، و هو مصادره.

کما أنه قد یقال- إن لم یکن إجماع- بجواز تولیه الحکم للمقلد علی أن یحکم بفتوی مقلده مثلا، لما عرفته سابقا من العمومات السالمه عن المعارض، و اختصاص النصب فی زمن الغیبه بالمجتهد بناء علی ظهور دلیله فی ذلک لا یقتضی عدم جواز تولیه هذا المنصوب علی الإطلاق و أنه الحجه من الامام (علیه السلام) علی الناس کما أن الامام حجه الله علیهم، بل قد عرفت کونه ولیا.

بل لعل ظاهر الدلیل أن حجیته علی حسب حجیته، فله حینئذ استنابته و له تولیه الحکم بفتاواه التی هی عدل و قسط و حکم بما أنزل الله تعالی، کما أشرنا إلیه سابقا، و لعله لذا حکی عن الفاضل القمی جواز

توكيل الحاكم مقلده على الحكم بين الناس بفتاواه على وجه يجرى عليه حكم المجتهد المطلق، و هو قوى إن لم يكن إجماع، كما لهجت به ألسنه المعاصرين و ألسنه بعض من تقدمهم من المصنفين إلا أن الانصاف عدم تحققه، نعم قد يقال: إن المسلم من اختصاص النصب فى زمن الغيبه للمجتهد ل

قوله (عليه السلام): «عرف قضاءنا و نظر فى حلالنا و حرامنا»(۱)

و هو لا ينافى المفروض، كما عرفت.

ثم إنه قد يتصور أيضا فى زمن الغيبه على تقدير الشرط المزبور بتوليه المفضول بناء على اختصاص النصب بالأفضل و أنه لا حكم له معه، و إن كان قد عرفت ضعف القول به بما لا مزيد عليه، بل قد يمنع تصوره عليه أيضا، لعدم حكم له مع الأفضل، و حينئذ لا يكون للاستخلاف موضوع فى زمن الغيبه بناء على الشرط المزبور.

لكن قد يستفاد من مفروغيه مشروعيته فى الجمله و لو فى زمن الحضور جواز نصب نائب الغيبه قيما على نحو الوقف و الأطفال على معنى إحداث ولايه لهم على ذلك، كما صرح به غير واحد، ضروره كونه من توابع الاستخلاف فى القضاء المفروض جوازه فى الحضور، فيجوز ذلك لنائب الغيبه، لظهور ما دل على ولايته فى الأعم من ذلك.

بل قيل بعدم انعزال من ينصبه قيما للأطفال مثلا بموته، بل ليس له عزله و إن كان لا يخفى عليك ما فيه، ضروره كونهم فروعه الذين ينعزلون بانعزاله بموت و نحوه، إذ هو ليس أزيد من الامام (عليه السلام) الذى ينعزل نوابه بموته، نعم لو قلنا بجواز توليه ذلك من قبل الامام (عليه السلام) أمكن حينئذ عدم انعزالهم بموته، لكونهم من فروع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱ و فيه « نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا».

الإمام حينئذ، لكن جواز ذلك لا يخلو من نظر، للشك في أصل ثبوت الولايه لهم على الوجه المزبور، و على تقديره فالمتجه جواز عزله له، إذ كما أن له ولايه على النصب له ولايه على العزل، لإطلاق الدليل، إلا أن الانصاف الشك في ذلك، و الأصل العدم.

و كذا الشك في استفاده الولايه لكل حاكم على عزل نائب الآخر، بل لعل المستفاد عدم ولايه لأحدهم على ما دخل في ولايه الآخر، و لا أقل من الشك، و الأصل العدم، و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا ولي من لا يتعين عليه القضاء فإن كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال]

المسأله الخامسه:

إذا ولي من لا- يتعين عليه القضاء لوجود غيره فان كان له كفايه من ماله فالأفضل أن لا يطلب الرزق من بيت المال توفيرا لغيره من المصالح و لو طلب جاز، لأنه من المصالح المعد لها التي من جملتها القضاء الذي فيه قيام نظام النوع و المعروف، لكن قد يشكل ذلك بأنه يؤدي واجبا و إن لم يكن متعينا عليه، فلا يجوز أخذ العوض عنه. بل لو قلنا بكون القضاء من العبادات كما عساه يظهر من بعضهم أشكل أخذ العوض عليه مطلقا أيضا، لما فيه من الجمع بين العوض و المعوض عنه.

كل ذلك مضافا إلى إمكان دعوى اختصاص بيت المال المجتمع من نحو الزكاه و الصدقات و غيرهما بذوي الحاجات لا الأغنياء.

و كذا إن تعين عليه القضاء بتعيين الامام (عليه السلام) و لعدم وجود غيره و لم يكن له كفايه جاز له أخذ الرزق من بيت المال، لمكان حاجته حينئذ و اشتغاله بأمر متعين عليه فيه قيام نظام النوع.

و أما إن كان له كفايه قيل بل في المسالك أنه الأشهر لا يجوز له أخذ الرزق، لأنه يؤدى فرضا فلا يجوز له أخذ العوض عنه كغيره من الواجبات.

و الثانى الجواز، لعدم خروجه بالوجوب عن كونه من المصالح التى يؤخذ الرزق عليها و إن وجبت كالجهاد، فيكون الارتزاق من بيت المال مسببا للقيام بمصلحه من مصالح المسلمين، سواء كانت واجبه أم لا، و سواء كان القائم محتاجا إليه أم لا.

و لكن الانصاف عدم خلو ذلك عن الاشكال، لعدم الدليل، و إنما المسلم الارتزاق مع الحاجه إليه و لو بسبب القيام بالمصلحه المانع له من التكسب، سواء تعين عليه ذلك أو لا، و ليس هو فى الحقيقه عوض معاملى، بل لأن بيت المال معد للمحاويج سيما القائمين بمصالح المسلمين الذين يمنعهم القيام بذلك عن التكسب للمعاش، و

فى الدعائم(۱)عن على (عليه السلام) أنه قال: «لا بد من إماره و رزق للأمير، و لا بد من عريف و رزق للعريف، و لا بد من حاسب و رزق للحاسب، و لا بد من قاض و رزق للقاضى،

و كره أن يكون رزق القاضى على الناس الذين يقضى لهم، و لكن من بيت المال»

و هو و إن كان مطلقا و لكن لا جابر له على إطلاقه، هذا كله فى الارتزاق.

أما لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و قد ذكرنا التحقيق فيه فى المكاسب(۲)و أنه لا يجوز مطلقا، و لكن قال المصنف هنا و الوجه التفصيل بين من لم يتعين عليه و كان مضطرا إليه

۱- ۱ ذكر صدره فى المستدرك- الباب- ۲۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳ و ذيله فى الباب- ۸- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۲.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۱۲۲- ۱۲۴.

و بين غيره، فيجوز فى الأول دون الثانى و إن كان الأولى الامتناع أيضا.

و إلى ذلك أشار بقوله فمع عدم التعيين و حصول الضروره قيل:

يجوز، و الأولى المنع و إن كانت عبارته قاصره التأديه، و لعل الوجه فى ذلك اقتضاء عدم الجواز تعطيل الوظيفه الدينيه أو تحمل الضرر و الحرج المنفيين عقلا و شرعا، بل ربما كان من تكليف ما لا يطاق فى بعض أفراده.

و فيه أن ذلك إن تم اقتضى جوازه حتى مع التعين، لأن وجوبه لا يدفع الضرر الناشئ من ترك السعى على ضروره الرزق و الصبر على الجوع و الجهد، بل قد يناقش فى أصل ذلك بأن القضاء إن كان مما يقبل العوض بإجاره أو جعاله جاز و إن لم يكن محتاجا إلى ذلك، و إلا لم يجز و إن كان محتاجا، ضروره عدم اقتضاء الحاجه انقلاب الموضوع، و قد تقدم التحقيق فى المكاسب(۱).

هذا و فى المسالك «ثم على تقدير جوازه بوجه ففى جواز تخصيص أحدهما به أو جعله على المدعى أو التشريك بينهما أوجه، من الشك فى أنها تبع للعمل أو للمنفعه الحاصله، فعلى الأول هو عليهما و على الثانى يجب على المحكوم له أو على المدعى».

و فيه أن هذه الوجوه لا تأتى بعد فرض كون دفع الجعل عنه معامله، ضروره تبعيتها لمن وقعت معه، نعم لو قلنا بوجوب دفع ذلك عوضا عنه شرعا أمكن جريان هذه الاحتمالات، هذا كله فى القاضى.

أما الشاهد فلا يجوز له أخذ الأجره على أدائها لا لتعين الإقامه عليه مع التمكن بل للوجوب عليه و إن كان كفائيا، و من هنا أطلق الأصحاب على ما اعترف به فى المسالك عدم جواز أخذها له

۱- ۱ راجع ج ۲۲ ص ۱۲۲- ۱۲۴.

معه كما اعترف به فى المسالك، نعم لو احتاج السعى لها إلى معونه فى سفر جاز له أخذها، لأن الواجب الإقامه كما دلت عليه الآيه(۱)لا السعى لها مع أنه استشكله فى المسالك أيضا بأن السعى حينئذ مقدمه الواجب المطلق فيكون أيضا واجبا كأصله، و لكن قد يدفع بظهور الأدله فى وجوبه بدنا لا مالا، أما التحمل فمع عدم تعينه عليه قد يقال بجواز الأخذ عليه، لكن الأولى تركه، و قد تقدم فى المكاسب(۲)ما يستفاد منه تحقيق الحال فيه.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه يجوز للمؤذن و القاسم و كاتب القاضى و المترجم له و صاحب الديوان أى الكتاب الذى يجمع فيه أسماء الجند و القضاه و المدرسين و غيرهم من المرتزقه و الكتبه و نحوهما و والى بيت المال أن يأخذوا الرزق من بيت المال المعد للمصالح التى هذه منها، بل أهمها و إن لم يجز بعضهم أخذ الأجره كما تقدم فى المكاسب(۳)إذ الارتزاق ليس أجره و إن كان هو عوض.

و كذا من يكيل للناس و يزن و من يعلم الآداب و السنن(۴)و غيرهم ممن يقوم بمصالح المسلمين، نعم قد عرفت احتمال اشتراط ذلك بالحاجه و اشتغالهم بهذه المصالح عن التكسب للمعاش، و لا ريب فى أولويه التعفف مع الاستغناء، و الله العالم.

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۲.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۱۲۴.

۳- ۳ راجع ج ۲۲ ص ۱۲۳- ۱۲۴.

۴- ۴ و فى الشرائع: «و من يعلم القرآن و الآداب».

[المسأله السادسه تثبت ولایه القاضی بالاستفاضه]

المسأله السادسه:

تثبت ولایه القاضی ب ما یثبت به غیرها من سماع إنشائها و الإقرار به أو البینه علی ذلک أو الاستفاضه التی تسمی بالشیاع الذی یحصل غالبا منه سکون النفس و اطمئنانها بمضمونه، خصوصا قبل حصول مقتضی الشک، بل لعل ذلک هو المراد بالعلم فی الشرع موضوعا أو حکما، و حینئذ فلا ریب فی الاکتفاء به قبل حصول مقتضی الشک، أما معه فقد یشک فیه لکن فی غیر الولایات التی جرت السیره بالاکتفاء بها بمثل ذلک.

و کذا غیرها أیضا مما جرت السیره فی أنه یثبت بالاستفاضه من النسب و لو من طرف الأم علی الأصح و الملک المطلق و الموت و النکاح و الوقف و العتق و الرق و نحوها، لا لبعض ما ذکره غیر واحد من الاعتبارات کعسر إقامه البینه علیها و نحوه مما لا یصلح أن یکون مدرکا لحکم شرعی، بل للسیره فیما قامت علیه منها مؤیده بما قیل من أن المراد بظاهر الحکم فی

مرسل یونس(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) الاستفاضه، قال فیه: «سألته عن البینه إذا أقیمت علی الحق أ یحل للقاضی أن یقضی بقول البینه من غیر مسأله إذا لم یعرفهم؟ قال: فقال: خمسه أشیاء یجب علی الناس الأخذ فیها بظاهر الحکم: الولایات و المناکح و الذبائح و الشهادات و المواریث، فإذا کان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا یسأل عن باطنه» و فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.

الفقیه(۱)«الأنساب» مکان «المواریث» کما أن فیما حضرنی من بعض نسخ التهذیب(۲)«الحال» بدل «الحکم»

بل هو الذی رواه عنه فی الوافی و الوسائل، و لعله بناء علی أن المراد بظاهر الحکم هو ما ظهر بین الناس من الحکم، بمعنی نسبه المحمول إلی الموضوع فی الأمور المذکوره، إذ هو معنی الشیاع و الاستفاضه المذکوران، بل هما ظاهر الحال أیضا.

کما أن المراد من الاکتفاء به فی الشهادات أنه تجوز الشهاده بما یحصل منه بمعنی، کما یقول: «دار زید وقف و عمرو بن خالد» و نحو ذلک مما هو متعارف بین الناس من الحکم فی ذلک إذا کان شائعا کما یومئ إلیه الصحیح الآتی، أو أن المراد متعلق الشهاده من عداله أو جرح. و علی کل حال فلا ریب فی أنه مؤید لما عرفت.

و فی

صحیح حریز(۳)قال: «کانت لإسماعیل بن أبی عبد الله (علیه السلام) دنانیر و أراد رجل من قریش أن یخرج إلی الیمن، فقال إسماعیل: یا أبه إن فلانا یرید الخروج إلی الیمن و عندی کذا و کذا دینارا أ فتری أن أدفعها یبتاع لی بها بضاعه من الیمن: فقال أبو عبد الله (علیه السلام): یا بنی أما بلغک أنه یشرب الخمر؟ فقال إسماعیل:

هکذا یقول الناس، فقال: یا بنی لا تفعل، فعصی أباه و دفع إلیه دنانیره، فاستهلکها و لم یأت بشی ء منها، فخرج إسماعیل و قضی أن أبا عبد الله (علیه السلام) حج و حج إسماعیل تلک السنه فجعل یطوف البیت و هو یقول: اللهم أجرنی و اخلف علی، فلحقه أبو عبد الله (ع)

۱- ۱ راجع الفقیه ج ۳ ص ۹- الدقم ۲۹.
۲- ۲ راجع التهذیب ج ۶ ص ۲۸۸- الرقم ۷۹۸.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الودیعه- الحدیث ۱.

فهمزه بیـده من خلفه، و قال له: مه یا بنی، فلا و الله ما لک علی الله هـذا و لا لک أن یأجرک و لا یخلف علیک و قد بلغک أنه یشرب الخمر فائتمنته، فقال إسماعیل: یا أبه إنی لم أره یشرب الخمر إنما سمعت الناس یقولون، فقال: یا بنی إن الله عز و جل یقول فی کتابه یُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ یُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِینَ(۱)یقول: یصدق لله و یصدق للمؤمنین، فإذا شهد عندک المؤمنون فصدقهم، و لا تأتمن شارب الخمر، فان الله تعالی یقول «وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَکُمُ»(۲)فأی سفیه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا یزوج إذا خطب، و لا یشفع إذا شفع، و لا یؤتمن علی أمانه، فمن ائتمنه علی أمانه فاستهلکها لم یکن للذی ائتمنه علی الله أن یأجره و لا یخلف علیه».

إذ هو کما تری کالصریح فی اعتبار الشیاع الذی هو أعلی أفراده قول الناس و شهاده المؤمنین و نحوهما مما هو مذکور فیه، و به أدرجه فیما دل علی النهی عن ائتمان شارب الخمر.

و منه یعلم أنه لا مدخلیه لمفاده الذی یکون تاره علما و أخری متاخما له و ثالثه ظنا غالبا فی حجیته، و إنما المدار علی تحققه، بل ظاهر الصحیح المزبور عموم اعتباره لغیر المذکورات فی المتن، بل صریحه ثبوت الفسق به، و لعله کذلک و إن اقتصر الجماعه علی الأمور المخصوصه، لکن المراد غلبه تحقق الشیاع فیها، لا أن المراد عدم اعتباره و إن فرض تحققه فی غیرها، إذ لا دلیل علی ذلک، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، بل صریح بعضهم ثبوت الهلال و غیره به، و حینئذ فالتحقیق ما عرفت.

و لا ینافی ذلک ما فی بعض النصوص(۳)من حصر الحجه و القضاء

۱- ۱ سوره التوبه: ۹- الآیه ۶۱.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

بالبينات، إذ هو من قبيل العام و الخاص بعد فرض قيام الدليل على حجيته، مع احتمال كون المراد أنها حجه مطلقا بخلاف الشياع، فان المعتبر منه قل ما يتفق فى غالب الموضوعات خصوصا إذا كان المراد شياع الحكم الذى هو بمعنى التصديق، كأن يقول: زيد ابن عمرو مثلا لا الإطلاق الذى هو ليس من ذلك، و فرق واضح بينهما كما أومى إليه فى خبر يونس(۱)المزبور.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر ما فى كلام الأصحاب من التشويش و الاضطراب و التهجس الناشئ من عدم دليل مخصوص على الحجيه، فيعتبر فيه العلم حينئذ، و لكن ينبغى التعدى فيه عن المواضع المخصوصه ضروره عدم الفرق بينها و بين غيرها بعد جعل المدار العلم، و الله العالم.

و كيف كان ف لو لم يستفض إما لبعد موضع ولايته عن موضع عقد القضاء له فلا يحصل شياع أو لغيره من الأسباب كتعمد الامام (عليه السلام) إخفاءه لمصلحه من المصالح أو نحو ذلك أشهد الإمام (عليه السلام) أو من نصبه الامام على ولايته شاهدين عدلين بصوره ما عهد إليه و سيرهما معه ليشهدا له بالولايه بناء على عدم اعتبار حكم حاكم فى حجيه البينه أو كان و لو فى غير تلك الولايه أو القاضى الأول إذا كان عزله معلقا على ثبوت ولايه الثانى عنده مثلا، بناء

على جواز مثل هذا التعليق فى العزل، كما صرح به فى القواعد، بل جوز فيها تعليقه على قراءه الكتاب المتضمن له و إن قال فى المسالك:

«إنه لا يوافق قواعد الأصحاب، و قد حكموا ببطلان الوكاله المعلقه، و هى أضعف حالا من ولايه القاضى؛ و من ثم قال فى الدروس: و فى جواز تعليق العزل وجه ضعيف».

و فيه أنه فرق واضح بين الوكاله التى هى عقد من العقود الممتنع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

فيها التعليق المنافى لظاهر ما دل على تسبيبها و بين المقام الذى هو من المناصب، نحو قوله: «فلان أميركم إن مات فلان أو عرض فيه عارض» و من هنا جاز فيه ما لم يجز فى الوكاله، كالنصب فى زمن الغيبه الذى لم يجز نحوه فيها قطعا، بل قد عرفت جوازه فى الوصايه التى هى من الولايات، فلاحظ و تأمل، فإنه قد ذكرنا سابقا عدم منافاه تعليق المنشأ للإنشاء الفعلى، و لذا جاز فى النذر و الوصيه و غيرهما، نعم هو مناف لظاهر مقارنه ترتب المسبب للسبب الشرعى الذى هو كالعقلى بالنسبه إلى ذلك، لظهور الأدله، أما فى المقام فليس فى الأدله ما يقتضى ذلك، فيبقى جوازه على مقتضى الإطلاق، خصوصا بعد عدم إجماع هنا على اعتبار التنجيز، بل العكس مظنته، و الله العالم.

و على كل حال ف لا- يجب على أهل الولايه قبول دعواه و إن لم يكن له معارض مع عدم البينه و الشياع و إن شهدت له الأمارات التى لم تجعل فى الشرع دليلا على مثل ذلك ما لم يحصل اليقين بها فإنه ليس وراء العلم من شى ء، كما فى غير ذلك من الدعاوى، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله السابعه يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده]

المسأله السابعه: لا خلاف فى أنه يجوز نصب قاضيين فى البلد الواحد لكل منهما جهه على انفراده بأن خصص كل واحد منهما بطرف منها، أو عين كل واحد منهما زمانا، أو جعل أحدهما قاضيا فى الأموال و الآخر فى الدماء و الفروج و نحو ذلك.

و هل يجوز التشريك بينهما فى الجهه الواحده على جهه الاجتماع

على الحكم الواحد؟ وجهان أقواهما الجواز وفاقا للفاضل و ولده فيما حكى عنهما، كما فى الوصيين و الوكيلين، للأصل و لأنه أضبط و أوثق للحكم، خصوصا بناء على ما هو الحق عندنا من أن المصيب واحد.

نعم قد يمنع التشريك بينهما على إراده كون القاضى مجموعهما على وجه يكون كل واحد نصف قاض، بل الظاهر امتناع ذلك فى جميع الولايات، بل هو كذلك فى الوكاله أيضا، لعدم وفاء الأدله فى مشروعيه ذلك، فتبقى على أصاله العدم.

و إطلاق التشريك و المعيه هنا و فى كتاب الوصيه فى عبارات الأصحاب يراد منها عدم نفوذ تصرف أحدهما بدون رضا الآخر، لا أن المراد التشريك فى نفس الوصايه، بل كل منهما وصى إلا أنه لا ينفذ تصرفه إلا بتنفيذ الآخر، و من هنا لو مات أحدهما يبق الآخر وصيا، بل لا يحتاج إلى ضم غيره معه من الحاكم، بناء على كون المراد من التشريك المزبور حال إمكانه.

و إفراد الرسول فى موسى و هارون و التشريك فى الأمر يراد به إثبات الرساله لكل منهما بدليل التصريح بنبوه هارون، فلا ريب فى كون المراد هنا ما ذكرناه، و حينئذ فلو اختلف حكمهما وقف الحكم و إلا نفذ.

و أولى من ذلك بالجواز التشريك بينهما على جهه الاستقلال كما فى نصب الغيبه و إن قيل بالمنع هنا أيضا قياسا على الولايه العظمى و حسما لماده اختلاف الخصمين فى الاختيار.

و لكن قد عرفت أن الوجه الجواز للأصل و لأن القضاء نيابه تتبع اختيار المنوب و القياس- مع بطلانه فى نفسه عندنا- ممنوع هنا فى المقيس عليه، كما فى موسى و هارون، و التنازع يندفع بتقديم من سبق داعيه منهما.

و لو جاءا معا حكم بالقرعه، و لو ابتدأ المتنازعان بالذهاب إليهما من غير دعاء قدم من يختاره المدعى.

هذا كله مع التصريح، أما مع الإطلاق- كالمجرد عن التصريح بأحدهما- فالأصح الاستقلال بناء على ظهور الإطلاق فى ذلک، و ربما احتمل الفساد ما لم يصرح بأحد الأمرين، لاشتراک الإطلاق بينهما و اختلاف حكمهما، و هو كما ترى، على أن صوره اتفاقهما متيقنه على كل حال.

ثم لا يخفى عليک خلو الثمره فى أمثال هذه المسائل، ضروره أن الامام (عليه السلام) أعلم بما يفعله مع تمكنه، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا حدث ما يمنع الانعقاد انعزل]

المسأله الثامنه إذا حدث فى القاضى ما يمنع أصل الانعقاد فى الابتداء انعزل به و إن لم يشهد الامام (عليه السلام) بعزله بل و إن لم يعلم بذلک كالجنون و الفسق و الإغماء و العمى و الخرس و عدم الاجتهاد أو الضبط لغلبه الغفله و النسيان و نحو ذلک مما عرفت اعتباره فى أصل القضاء بناء على القول به، لظهور دليل شرطيتها فى الابتداء و الاستدامه فلا وجه للاستصحاب.

و حينئذ ف لو حكم لم ينفذ حكمه بل لا تعود بزوال هذه العوارض، للأصل، و ربما فرق بين ما يزول سريعا كالإغماء و بين غيره كالجنون، فتعود فى الأول دون الثانى، لأن الإغماء كالسهو الذى يزول سريعا، و لا ينفک منه غالبا، لكنه كما ترى، ضروره وضوح الفرق بين السهو و النوم و بين الإغماء المزيل العقل دونهما.

و هل يجوز أن يعزل اقتراحا؟ الأقوى ذلک، إذ هو

كالوكيل و الوصى، لأن ذلك حق للإمام (عليه السلام) فله أخذه و إعطاؤه لغيره.

و لكن الوجه عند المصنف تبعا لبعض أنه لا يجوز لأن ولايته استقرت شرعا، فلا تزول تشهيا و هو كما ترى مصادره محضه، و لأن عزله حينئذ بمنزله العبث، و فيه عرضه للقدح فى من ليس بمقدوح فيه، و هو مجرد استحسان.

أما لو رأى الامام (عليه السلام) أو النائب عزله لوجه من وجوه المصالح أو لوجود من هو أتم منه نظرا، فإنه جائز قطعا مراعاه للمصلحه.

و لكن لا يخفى عليك أن هذا البحث أيضا قليل الجدوى، كما أومأنا إليه سابقا، ضروره أن الامام (عليه السلام) لا يفعل إلا ما يوافق المصلحه و يناسب المشروع، و يجب طاعته فى كل شى ء، و فعله حجه كذلك، و هو معصوم من الخلل مؤيد مسدد، و إنما بحث فى هذه الفروع من يجوز امامه من يتفق منه خلاف المشروع، و حينئذ فمع حضوره (عليه السلام) هو أعلم بما يقع منه.

و كذا البحث فى أنه هل ينعزل بمجرد عزله أو بعد بلوغ الخبر كالوكيل؟ و إن قال فى المسالك: «فيه قولان، أظهرهما الثانى، لعظم الضرر فى رد قضيته بعد العزل و قبل بلوغ الخبر، فيكون الحكم فيه أولى من الوكيل» و كان مرجعه إلى استصحاب بقاء نفوذ حكمه، لكن قد يناقش بمعلوميه استناد ذلك إلى الاذن المعلوم انقطاعه، و من هنا لم يكن إشكال عندهم بالانعزال بغير ذلك من الموت و نحوه قبل البلوغ.

و كذا لا ـ فائده فيما ذكروه هنا أيضا من أن ذلك إذا عزله لفظا أو كتب إليه انى عزلتك أو أنت معزول، أما إذا كتب إليه «إذا أتاك

کتابی فأنت معزول» لم ینعزل قبل أن یأتیه الکتاب بحال، و إذا کتب إلیه «إذا قرأت کتابی هذا فأنت معزول» لم یعزل قبل القراءه، ثم إن قرأه بنفسه فذاک و إن قرئ علیه فوجهان: أحدهما لا ینعزل نظرا إلی صوره اللفظ، و الثانی الانعزال نظرا إلی المعنی عرفا، لأن غرض الإمام إعلامه صوره الحال لا قراءته بنفسه، و لو کان أمیا فقرئ علیه فالحکم بالانعزال أظهر مع احتمال العدم، نظرا إلی مدلول اللفظ، و مثله فی اختلاف ظاهر اللفظ و المعنی إطلاق الکتاب علی مجموعه أو علی الغایه المقصوده منه.

و تظهر الفائده فیما لو ذهب بعض الکتابه بحیث تعذرت قراءته، فإنه لا تصدق قراءه الکتاب إن جعلنا المفرد المضاف مفیدا للعموم، کما هو رأی المحققین من الأصولیین، و کذا القول فی بلوغه، هذا بحسب اللفظ.

و أما بالنظر إلی المعنی فالمقصود بلوغ ما یفید الخبر أو قراءه ما یحصل به الغرض و إن لم یتم القراءه مع إمکانها فضلا عن تعذرها، فتعتبر قراءه الفصول المقصوده التی یحصل بها إعاده المطلوب و إن بقی غیرها کالبسمله و الحمد لله و نظائرهما، إلی غیر ذلک مما أطنب فیه العامه فی کتبهم من الخرافات الفاسده و الاحتمالات البارده المبتنیه علی اعتبارات و استحسانات و نحوهما المقصود فیها صیروره الکتاب ضخما لینال به الجائزه من سلطان زمانه نسأل الله تعالی أن یعیذنا من هذه النیات السیئه، و أن یعصمنا من الخیالات الشیطانیه التی یوحیها بعض إلی بعض من زخرف القول و غروره، فإنه ولی الصواب و إلیه المرجع و المآب.

[المسأله التاسعه إذا مات الإمام علیه السلام ینعزل القضاه أجمع]

المسأله التاسعه إذا مات الامام (علیه السلام) قال الشیخ: الذی یقتضیه مذهبنا انعزال القضاه أجمع لأنهم نوابه و ولایتهم فرع ولایته، فإذا زال الأصل زال الفرع، فإن أمر کل عصر إلی إمام ذلک العصر.

و قال فی المبسوط: لا ینعزلون، لأن ولایتهم ثبتت شرعا بتولیته فلا تزول بموته للأصل المؤید بما فی الانعزال من الضرر العام اللاحق للخلق بخلو البلدان من الحکام إلی أن یجدد الامام اللاحق نوابا فتعطل المصالح.

بل فی المسالک «قد یقدح هذا فی ولایه الفقیه حال الغیبه بأن الامام الذی قد جعله قاضیا و حاکما قد مات فیجری فی حکمه الخلاف المذکور- ثم قال-: إلا أن الأصحاب مطبقون علی استمرار تلک التولیه، فإنها لیست کالتولیه الخاصه، بل حکم بمضمونه فان إعلامه بکونه من أهل الولایه علی ذلک کإعلامه بکون العدل مقبول الشهاده، و کذا الید مقبول الخبر، و غیر ذلک، و فیه بحث».

قلت: وجه البحث ظهور الأدله فی کونه إنشاء نصب منه، بل هو کاد یکون صریح

قوله (علیه السلام)(۱): «فانی جعلته قاضیا و حاکما»

لا أنه مجرد إعلام، و کیف یکون إعلاما و قد عرفت الاحتیاج إلی إنشاء النصب و الاذن.

نعم قد یقال فی دفعه- مضافا إلی ما سمعته من النص(۲)علی

۱- ۱ راجع التعلیقه ۵ من ص ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۹.

نصبه من صاحب الزمان روحی له الفداء-: إن إمام العدل له النصب فی الأزمنه المتأخره عن زمان موته، فان الزمان بأجمعه لجمیعهم و معصومون عن الخطأ، و لا ینطقون عن الهوی إن هو إلا وحی یوحی، و هذا الفرع إنما ذکره العامه علی أصولهم فی أئمتهم المنصوبین من قبلهم لا من ربهم بخلاف أئمتنا (علیهم السلام) الذین هم أولیاؤنا أحیاء و أمواتا، و إنما ینعزل نوابهم بالموت حیث تکون التولیه منهم مقیده بذلک و لو بظاهر الحال، لا لانقطاع ولایتهم بالموت، فإذا کانت من أحدهم علی الاستدامه صریحا أو ظاهرا فلا إشکال فی عدم الانعزال، و منه نصب الصادق (علیه السلام) لکل من عرف حلالهم و حرامهم(۱)الظاهر بل الصریح فی ذلک، فیمضی حینئذ حکمه و لو بعد موته فی زمن الامام الآخر المعبر فی الحقیقه عن الأول، فإن حکمهم واحد و أمرهم واحد، کما هو معلوم من أصول الشیعه، بل هو من ضروریات مذهبهم.

و بذلک ظهر لک أن الأول أشبه لکن علی الطریق الذی ذکرناه، لا لانقطاع ولایتهم بالموت، و لو فرض عدم ظهور فی تقید الولایه بزمن حیاتهم کان المتجه بقاؤها حتی یأتی العزل من الامام المتأخر الذی هو فی الحقیقه عزل من الامام الذی قبله تمسکا بإطلاق مقتضیها مع فرضه، أما إذا لم یکن بل لیس إلا صیرورته قاضیا فی زمن الحیاه فالمتجه الحکم بانقطاعها، لأن ذلک لا یکفی فی ثبوت الاذن فی الزائد علیه، إذ الاستصحاب هنا لا وقع له بعد التنویع المزبور، و من ذلک یعلم ما فی الأصل المزبور، کما هو واضح.

و لو مات القاضی الأصلی الذی نصبه إمام العدل انعزل کل نائب له فی شغل معین، کبیع علی میت أو غائب أو سماع بینه فی حادثه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۶.

معينه بغير خلاف، كما فى المسالك قال: «و فى التصرف فى شغل عام كقوام الوقوف و الأيتام وجهان ناشئان من الوجهين اللذين فى نواب الامام من حيث التبعيه و ترتب الضرر بزوال ولايتهم إلى أن يتجدد الولايه».

و فيه أنه مع فرض كونهم وكلاء عنه لا إشكال فى انفساخها بموته، من غير فرق بين كون متعلقها عاما أو خاصا، لأن الفرض زوال ولايه الأصل بموته، بل الظاهر ذلك مع فرض كونهم أولياء، لأن ولايتهم فرع ولايته، لكن عن الإيضاح

نفى الخلاف عن عدم انعزالهم، فان تم إجماعا فذاك، و إلا كان المتجه ما ذكرنا، نعم لو كان النصب وكيلا أولياء عن الامام و كان ذلك جائزا له لم ينعزل قطعا، و الله العالم.

و أما الخليفه عنه فى القضاء فقيل لم ينعزل أى النائب عنه فيه لأن الاستنابه فيه مشروطه بإذن الإمام (عليه السلام) فالنائب عنه كالنائب عن الامام، فلا ينعزل بموت الواسطه كما لا ينعزل وكيل الوكيل إذا أذن له فى توكيله عن الموكل.

و قيل: ينعزل و إليه أشار المصنف بقوله و القول بانعزاله أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه فرعه، و كالوكيل عنه ينعزل بموته و ليس هو نائبا عن الامام و إن توقف استخلافه عنه عليه.

و ربما أشكل القولان معا على إطلاقهما، أما الأول فلأن النيابه قد تكون مستنده إلى قرائن الأحوال كاتساع الولايه، و النائب فيها ليس نائبا عن الامام بل عن القاضى، و لم يحصل من الامام ما يقتضى الإذن لفظا حتى يقال: إن الاستنابه مشروطه بإذن الامام، و لو سلم أن التوليه على هذا الوجه إذن فى المعنى لم يدل على كونه إذنا فى استنابته عن الامام بوجه من الدلالات.

و أما الثانى فلأن من جمله الأقسام أن يكون الامام قد أذن له صريحا

فی الاستنابه إما مطلقا أو عن الامام، فلا یتم الحکم مطلقا بکون النائب تابعا للمستنیب.

فیتجه علی هذا وجه ثالث قد جزم به الرافعی فی الروضه من بعض کتب الشافعیه و هو «أن القاضی إن لم یکن مأذونا فی الاستخلاف بل استخلف بناء علی جوازه مطلقا أو مع شهاده القرائن انعزل خلیفته بموته، لأن الاستخلاف فی هذه الحاله إما أن یکون جوازه مشروطا بالحاجه فکان النائب کالمعین فی العمل، فإذا زالت ولایته بطلت المعاونه، لعدم الحاجه إلیها، و إما لأن الخلیفه کالوکیل حیث جوزناها مطلقا، فتبطل بموت الموکل لأنه کالمعین أیضا، و إن لم یکن لحاجه و کان مأذونا فی الاستخلاف نظر، فان قال: استخلف عنی فاستخلف لم ینعزل خلیفته، لأنه مأذون من جهه الإمام، فکأنه حینئذ سفیر فی التولیه و إن قال: استخلف عن نفسک أو أطلق انعزل، لظهور غرض المعاونه و بطلانها ببطلان ولایته».

و فیها أیضا «لو نصب الإمام نائبا عن القاضی فعن السرخسی لا ینعزل بموت القاضی و لا انعزاله للاذن له من جهه الامام».

و مال إلیه فی المسالک قال: «إلا أن یکون الاذن مقیدا بالنیابه عن القاضی فیتبعه کالأول» و هو جید. لکن قد یناقش بالتفصیل بین ما یستفاد منه الإذن، فإن دعوی انحصار إفاده القرائن فی الاستخلاف عنه لا عن الأصل ممنوعه، ضروره أعمیتها من ذلک، کما هو واضح.

[المسأله العاشره إذا اقتضت المصلحه تولیه القضاء مثلا من لم یستکمل الشرائط]

المسأله العاشره:

إذا اقتضت المصلحه تولیه القضاء مثلا- من لم یستکمل الشرائط بأن کان قاصرا فی العلم و العداله انعقدت ولا-یته فی أحد الوجهین أو القولین مراعاه للمصلحه فی نظر الامام (علیه السلام) کما اتفق لبعض القضاه فی زمن علی (علیه السلام) و هو شریح المعلوم انتفاء بعض الشرائط فیه.

و ربما منع من ذلک بل هو أحد الوجهین أو القولین أیضا، بل لعله أقواهما کما هو خیره الفاضل فی المحکی من تحریره، للأصل بل الأصول، و لإطلاق دلیل الشرطیه، بل صریح النص و الفتوی عدم کونه مشروعا للتقیه علی وجه تجری علیها أحکام القضاء الصحیح، کما فی الصلاه و الوضوء و الغسل فضلا عن غیرها، و من هنا استفاضت النصوص(۱)فی النهی عن المرافعه إلی قضاتهم، و أنها من المرافعه إلی الجبت و الطاغوت مع استفاضتها(۲)فی الحث علی الصلاه معهم، و أنها کالصلاه مع رسول الله (صلی الله علیه و آله).

بل ظاهر النص(۳)و الفتوی بل صریح بعضهما عدم صحه قضاء قضاه أئمه الجور و إن حکموا بالحق، و حینئذ فلا مصلحه تقتضی تغییر الحکم فیه، کما یومئ إلیه إصراره (علیه السلام) فی عدم تولیه معاویه

حتی قال(۴): «قد یری الحول القلب وجه الحیله، و لکن دونها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب صلاه الجماعه- من کتاب الصلاه.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۴.

۴- ۴ نهج البلاغه- الخطبه ۴۱ ص ۱۱۸ ط إیران و فیه « قد یری الحول القلب وجه الحیله و دونه مانع من أمر الله و نهیه.».

حاجز من تقوی الله تعالی».

و ما وقع منه من إقرار شریح لا دلاله فیه فإنه لیس باختیاره أولا، و لا دلیل علی إجرائه علیه حکم القضاء الصحیح ثانیا و لم یکن یفوض إلیه و لا إلی غیره من من یستقضیه و لا یرتضیه، بل یشارکه فیما ینفذه ثالثا،

قال (علیه السلام) لشریح فی خبر سلمه(۱): «و إیاک أن تنفذ قضیه فی قصاص أو حد من حدود الله أو حق من حقوق المسلمین حتی تعرض ذلک علی إنشاء الله»

فیکون هو الحاکم فی الواقعه لا المنصوب

قال الصادق (علیه السلام) فی حسن هشام(۲): «لما ولی أمیر المؤمنین (علیه السلام) شریحا القضاء اشترط علیه أن لا ینفذ القضاء حتی یعرضه علیه».

و ما فی المسالک- من المناقشه فیه بأن المروی من حال شریح معه خلاف ذلک، و فی حدیث الدرع الغلول(۳)ما یرشد إلی ما ذکرناه- لا یخفی علیک ما فیه، بل حدیث الدرع الغلول مرشد إلی عکس ما ذکره، حیث نبهه به علی خطائه فی قضائه به من وجوه،

قال النخعی(۴): «دخل الحکم بن عتیبه و سلمه بن کهیل علی أبی جعفر (علیه السلام) فسألاه عن شاهد و یمین، فقال: قضی به رسول الله (صلی الله علیه و آله) و قضی به علی (علیه السلام) عندکم بالکوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن، قال: و أین وجدتموه خلاف القرآن؟ فقالا: إن الله عز و جل یقول:

«وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ»(۵)فقال لهما أبو جعفر (علیه السلام): فقوله:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۶.

۵- ۵ سوره الطلاق: ۶۵ الآیه ۲.

«وَ أَشْهِدُوا» هو أن لا تقبلوا شهاده واحد و يمينا؟ ثم قال: إن عليا (عليه السلام) كان قاعدا فى مسجد الكوفه، فمر به عبد الله بن قفل التميمى و معه درع طلحه، فقال له على (عليه السلام): هذا درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال له عبد الله: فاجعل بينى و بينک قاضيا الذى رضيته للمسلمين، فجعل بينه و بينه شريحا، فقال على (عليه السلام): هذه درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال له شريح:

هات على ما تقول بينه، فأتاه بالحسن (عليه السلام) فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال: هذا شاهد، و لا أقضى بشهاده شاهد حتى يكون معه آخر، قال: فدعا قنبرا فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقال شريح: هذا مملوک، و لا أقضى بشهاده مملوک، قال: فغضب على (عليه السلام) و قال: خذوها فان هذا قضى بجور ثلاث مرات قال: فتحول شريح عن مجلسه، ثم قال:

لا أقضى بين اثنين حتى تخبرنى من أين قضيت بجور ثلاث مرات؟ فقال:

ويلک أو ويحک إنى لما أخبرتک أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، قلت: هات على ما تقول بينه، و قد قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): حيث ما وجد غلول أخذ بغير بينه، فقلت: رجل لم يسمع الحديث، فهذه واحده، ثم أتيتک بالحسن فشهد، فقلت: هذا شاهد و لا أقضى بشهاده واحد حتى يكون معه آخر، و قد قضى رسول الله (صلى الله عليه و آله) بشهاده واحد و يمين، فهذه ثنتان، ثم أتيتک بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فقلت: هذا مملوک و لا أقضى بشهاده مملوک، و لا بأس بشهاده المملوک إذا كان عدلا، ثم قال: ويلک أو ويحک إمام المسلمين يؤتمن من أمورهم على ما هو أعظم من هذا» و رواه فى الفقيه بزياده «و قال أبو جعفر (عليه السلام):

فأول من رد شهاده المملوک رمع».

و بالجمله یمکن القطع من مذهبنا بعدم انعقاد القضاء لفاقد الشرائط کالعلم و نحوه علی وجه یلحقه حکم القضاء الصحیح و إن حکم بغیر ما أنزل الله تعالی، خصوصا بعد ما سمعته سابقا من تقسیم القضاه، و أن واحدا فی الجنه و الباقی فی النار، و إطلاق اسم القاضی علیه لا یقتضی صحه قضائه لا ظاهرا و لا واقعا، کما هو واضح.

نعم قد یقال: إن الذی یقتضیه الانصاف و التدبر فی ما ورد فی شریح أنه یجوز نصب غیر مستکمل الشرائط علی إنفاذ القضاء بالحق بعد العلم به بخصوصه، و الله العالم.

[المسأله الحادیه عشر کل من لا تقبل شهادته لا ینفذ حکمه]

المسأله الحادیه عشر:

کل من لا تقبل شهادته له أو علیه لا ینفذ حکمه کذلک کالولد علی الوالد و العبد علی مولاه و الخصم علی خصمه، و یجوز حکم الأب علی ولده و له، و الأخ علی أخیه لأنه شهاده و زیاده، فیشترط فی نفوذه ما یشترط فی نفوذ الشهاده فی الطرفین أو أحدهما، و حینئذ لا یقبل حکم الخصم علی خصمه و یقبل له مع عدم منافاه الخصومه للعداله، هکذا ذکره المصنف و ثانی الشهیدین و غیرهما ذکر المسلمات، فان تم إجماعا کان هو الحجه، و إلا کان للنظر فیه مجال، ضروره إمکان منع کون الحکم شهاده علی وجه یلحقه حکمها المعلق علیها من حیث کونها شهاده، بل دعوی التزام ذلک فی حاکم الغیبه فلا ینفذ حکمه علی من کانت بینه و بینه خصومه لم یخرج بها عن العداله فی غیر تلک الخصومه من المنکرات، خصوصا بعد

قوله (علیه السلام): «جعلته حاکما

علیکم»(۱)

و «هو حجتی علیکم»(۲)

و «الراد علیه کالراد علینا»(۳)

و نحو ذلک، و لعله لذا حکی عن بعضهم اختصاص المنع بقاضی التحکیم.

و فی محکی التحریر «و لو تولی وصی الیتیم القضاء فهل یقضی له؟

فیه نظر ینشأ من کونه خصما فی حقه، کما فی حق نفسه، و من أن کل قاض فهو ولی الأیتام».

قلت: لا إشکال فی عدم منع مثل ذلک- مع عدم الوصایه- الحکومه، لعدم اختصاص الولایه له، و کذا شهاده الفقیر أو حکومته بأن فی مال زید الزکاه مثلا، بل و کذا الکلام فی مصرف الوقف من العلماء و العدول و نحوهم، فان ذلک و نحوه لا یمنع الحکومه و لا الشهاده، لعموم أدله القبول، أما الولایه المخصوصه کالأب و الجد و الوصی فالظاهر عدم قبول شهادتهم للمولی علیه لأنها تجر نفعا إلیهم، أما إذا کان الأب حاکما مثلا أو الوصی کذلک ففی قبول حکمه له نظر، أقواه العدم،

[النظر الثانی فی الآداب]

اشاره

النظر الثانی فی الآداب و هی قسمان: مستحبه و مکروهه إلا أن کثیرا منها لا دلیل علیها بالخصوص، و لکن ذکرها الأصحاب و غیرهم من غیر إشعار بتوقف فی شی ء منها، و لعله لعدم احتیاج الاستحباب الأدبی إلی دلیل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

بالخصوص، و يكفى فيه مشروعيه أصل الأدب، فالتسامح فيه زائد على التسامح فى السنن.

و كيف كان فهى كثيره خصوصا فى كتب العامه حتى أفردت بالتصنيف، و قد ذكر المصنف المهم منها

[أما المستحب]

ف قال المستحب أن يطلب قبل دخوله أو حينه من أهل ولايته من يسأله عما يحتاج إليه فى أمور بلده و عن العلماء فيها و العدول و من هو مستحق للتعظيم و غير ذلك مما ينبغى الاطلاع عليه لمثله.

و أن يسكن عند وصوله فى وسط البلد ليرد الخصوم عليه ورودا متساويا ليكون ذلك أقرب إلى التسويه بينهم التى قد عرفت حالها فى الكلام و الإنصات و المجلس و غيرها.

و أن ينادى بقدومه إن كان البلد واسعا لا ينتشر خبره فيه إلا بالنداء أن فلانا قد قدم قاضيا فمن أحب سماع قراءه عهده فليحضر ساعه كذا من يوم كذا، فإذا حضروا قرأ عليهم العهد، و إن كان معه شهود شهدوا.

و قيل: يستحب أن يكون دخوله يوم الاثنين تأسيا بالنبى (صلى الله عليه و آله) فى دخوله المدينه، و هو كما ترى. نعم فى كشف اللثام «ينبغى له أن يقصد الجامع إذا قدم، و يصلى ركعتين، و يسأل الله العصمه و الإعانه».

و أن يجلس للقضاء فى موضع بارز مثل رحبه و هى الصحراء بين أفنيه القوم و المسجد أو فضاء ليسهل الوصول إليه و لئلا تهابه الناس أو بعضهم لو جلس فى بيت مثلا.

و أن يبدأ بأخذ ما فى يد الحاكم المعزول من ديوان الحكم المشتمل على المحاضر و السجلات و حجج الناس و ودائعهم و وثائق الأيتام و الأوقاف و نحو ذلك، لأنها كانت فى يده بالولايه التى انتقلت منه

إليه، فيتوصل بذلك إلى معرفه تفاصيل أحوال الناس و معرفه حقوقهم و حوائجهم.

و لو اتفق أنه حكم فى المسجد صلى عند دخوله فيه ركعتين تحيه المسجد كما يستحب ذلك لكل داخل إليه ثم يجلس مستدبر القبله كما عن الأكثر ليكون وجه الخصوم إذا وقفوا بين يديه إليها ليكون ذلك أردع لها عن كلام الباطل و خصوصا وقت الاستحلاف.

و قيل و القائل الشيخ فى محكى مبسوطه و ابن البراج على ما حكى عنه يستقبل القبله، ل

قوله (عليه السلام)(۱): خير المجالس ما استقبل به القبله

و هو أحق من غيره و لكن الأول أظهر لما عرفت.

ثم (۱۱) إذا تفرغ القاضى من مهماته و أراد القضاء استحب له أن يسأل (۱۲) أولا عن أهل السجون (۱۳) لأنهم فى عذاب و يثبت أسماءهم (۱۴) و ما حبسوا به و من حبسوا له و ينادى فى البلد بذلك (۱۵) و يقول: إن القاضى ينظر فى أمر المحبوسين و يجعل له وقتا (۱۶) معينا يوم كذا فمن له محبوس فليحضر فإذا اجتمعوا أخرج اسم واحد واحد و يسأله عن موجب حبسه و يعرضه على خصمه فان ثبت لحبسه موجب أعاده و إلا أشاع حاله بحيث إن لم يظهر له خصم أطلقه.

(۱۷) و جواب المحبوس يفرض على وجوه: (منها) أن يعترف بالحبس بالحق، فان كان ما حبس به مالا أمر بأدائه، فإن قال: أنا معسر فعلى ما عرفته فى الفلس فان لم يؤد و لم يثبت إعساره رد إلى الحبس، و إن أدى أو ثبت إعساره نودى عليه فلعل له خصما آخر، فان لم يظهر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۶- من أبواب أحكام العشره- الحديث ۳ من كتاب الحج.

خلی سبیله، و إن کان ما حبس علیه حدا أقیم علیه و خلی.

و (منها) أن یقول: «شهدت علی البینه فحبسنی القاضی» یبحث(۱)عن حال الشهود، فان کان مذهبه أنه یحبس بذلک ترکه أیضا محبوسا و بحث و إلا أطلقه.

و (منها) أن یقول: «حبست ظلما» ففی المسالک «إن کان الخصم معه فعلی الخصم الحجه، و القول قول المحبوس بیمینه» و فیه أنه یمکن العکس عملا بأصاله الصحه فی فعل القاضی، و إن کان للمحبوس خصم غائب ففی إطلاقه و إبقائه فی الحبس وجوه: الإطلاق، لأنه عذاب و انتظار الغائب قد یطول، و الإبقاء مع الکتابه إلی خصمه، فان لم یحضر أطلق، و الإطلاق مع المراقبه إلی أن یحضر خصمه و یکتب إلیه أن یعجل، فإن تأخر لا لعذر ترکت المراقبه، و عن الشهید التخییر بینها و بین الکفیل، و هو جید، إذ المدار علی الجمیع بین الحقین.

و کذا لو أحضر محبوسا و قال: لا خصم لی، فإنه ینادی فی البلد فان لم یظهر له خصم أو مطلع علی حاله أطلقه للأصل و غیره.

و قیل و القائل الشیخ فیما حکی عنه یحلفه مع ذلک و استحسنه بعضهم، و فیه أنه لا وجه مع عدم خصم له، و الأصل البراءه، و لذا نسبه المصنف إلی القیل مشعرا بتمریضه.

ثم إذا فرغ من ذلک یسأل عن الأوصیاء عن الأیتام الذین لا قابلیه لهم إلی المرافعه و أولیاء الجهات العامه و یعمل معهم ما یجب من تضمین أو إنفاذ أو إسقاط ولایه إما لبلوغ الیتیم أو لظهور خیانه أو ضم مشارک إن ظهر من الوصی عجز و غیر ذلک من الأحکام الشرعیه.

و فی المسالک «فإذا حضر من یزعم أنه وصی تفحص القاضی عن

۱- ۱ هکذا فی النسخه الأصلیه، و الأولی هکذا «فیبحث».

شیئین: أحـدهما أصل الوصایه، فإن أقام بینه بها قرره علیها إلی أن یحصل ما یزیلها من فسق فینزع المال من یـده، فان کان المال کثیرا لاـ یمکنه القیـام بحفظه و التصـرف فیه ضم إلیه من یعینه، و الثـانی تصـرفه فی المـال، فـان قال: فرقت ما أوصـی به نظر إن کانت الوصیه لمعینین لم یتعرض لأن الدعوی لهم إن لم یصل، و إن کانت بجهه عامه فان کان عدلا أمضی تصرفه و لم یضمنه، و إن کان فاسقا ضمنه لتعدیه بالتفریق لا عن ولایه».

و کـأن الأـول مبنی علی أصـاله ولایه الحاکم حتی یثبت الوصایه لا أنها تثبت إن لم یکن هناک وصـی، فیکفی فی عـدم ثبوتها دعوی مدعیها بلا معارض، و لا تطلب منه البینه علی ذلک کما زعمه بعض متفقهه العصر، کما أن التضمین فی الثانی مبنی علی عدم جواز وصایه الفاسق علی ذلک.

و لو أن غیر الوصـی فرق الموصـی به ففی المسالـک «نظر إن کـانت الوصـیه لمعینین وقع الموقع، لأـن لهم أن یأخـذوه من دون واسطه، و إلا ضمن» و فیه أنه کذلک إذا کان معینا، أما إذا کان کلیا فلا، فیتجه الضمان حینئذ و إن کان لمعینین.

و کذا یضـمن من تصرف ممن لیس له الولایه حتی فی وقف المسجد و المسجد و نحوهما و إن صرفه فی مصلحه إلا مع إجازه الولی فی وجه، بل فی القواعد احتمال عدم الضمان حتی فی تفرقه غیر الوصی إذا کان فی محله، إلا أنه کما تری، و لو ظهر منه خیانه فأولی بالضمان کما هو واضح، و الله العالم.

ثم إذا فرغ من ذلـک ینظر فی أمنـاء الحـاکم الأـول الحـافظین لأـموال الأیتـام و نحوهم الـذین یلیهم الحاکم و لأموال الناس من ودیعه و مال غائب و محجور علیه، فیعزل الخائن و یسعد

الضعيف بمشارك، أو يستبدل به بحسب ما يقتضيه رأيه بخلاف الوصى، فان الموصى قد نصبه و رضى بنظره الذى لم يعدم، و إنما قصر عن الاستقلال فيتعين جبره بالمعين، و ليس له عزله اقتراحا، أما الأمين من طرف الحاكم فله عزله كذلك ففى العجز بطريق أولى.

ثم إذا فرغ من ذلك ينظر فى الضوال و اللقط فيبيع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمنه، و يتسلم ما عرفه الملتقط حولا إن كان شى ء من ذلك فى يد أمناء الحاكم لعدم قبول الملتقط تملكه و لا ائتمانه، و فى المسالك هو حينئذ مخير بين أن يحفظها معزوله عن أمثالها فى بيت المال و بين أن يخلطها، فإذا ظهر المالك غرم له من بيت المال، و هو موقوف على دليله إن كان.

و يستبقى من الضوال و اللقط ما عدا ذلك مثل الأثمان و الجواهر محفوظه على أربابها لتدفع إليهم عند الحضور على الوجه المحرر فى كتاب اللقطه(۱)من أحكام ذلك و شرائطه، كالتعريف حولا و نحوه، و يقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم، و إن عرضت حادثه استخلف من ينظر فيها أو فيما هو فيه و لا يؤخرها، لأن الحبس عقوبه و حاجات الأطفال و الغياب ناجزه.

و يستحب له أيضا حال القضاء أن يكون فى أجل هيئه و سكينه و وقار و نحو ذلک مما يناسب ذلك.

و أن يحضر من أهل العلم بالأحكام الشرعيه من يشهد حكمه فإن أخطأ نبهوه، لأن الإنسان محل الخطأ و النسيان، و لا يعتبر فيهم الاجتهاد، لأنه ليس المراد تقليدهم، إذ قد عرفت اعتبار الاجتهاد فى القاضى عندهم، بل المراد الطمأنينه بصحه

۱- ۱ راجع ج ۳۸ ص ۳۰۱- ۳۰۲.

ما قضـى به، و قـد تحصل بمن لم يبلغ رتبه الاجتهاد إذا كان من أهل النظر و الذكاء، و لا فرق فى ذلك بيننا و بين غيرنا فى هذا الحكم، و لذا حكى عنهم ذكره أيضا فى آداب القضاء و إن كان المصـيب عندنا واحد دونهم، فان المصيب عندهم الجميع، إلا أن ذلك لا مـدخليه له فى هـذا الحكم، ضـروره أن الإصابه عندهم مع موافقه الاجتهاد للدليل المناسب للحكم، و المفروض هنا الغفله عنه، و أنه إذا نبه عليه تنبه و علم أن الدليل الذى اعتمده أولا غير صحيح بحسب ما يراه.

و بالجمله يراد حضورهم للتنبيه على فساد الاجتهاد إن كان، و هـذا أمر يشترك فيه الجميع، فإن إصابه الواحد إنما هى فى نفس الأمر لا فى الظاهر، و من الجائز أن لا يكون الحكم الـذى ينبه عليه و وجب اتباعه هو الصواب فى نفس الأمر، إلا أن الواجب فى الظاهر اتباع الراجح بعد استفراغ الوسع فى تحصيل دليله سواء طابق الواقع الذى لا يعلمه إلا الله تعالى شأنه أو لا.

و إلى مـا ذكرنـا يرجع مـا عن ابن الجنيـد من أنه لا بأس أن يشاور الحاكم غيره فيما اشـتبه عليه من الأحكام، فان أخبره بنص أو سنه أو إجمـاع خفى عليه عمـل به، ضـروره معلوميه اعتبـار الاجتهـاد عنـدهم و أنه لاـ يكفى التقليـد. فليس المراد حينئـذ إلاـ أنه يخاوضهم فيما يشتبه من المسائل النظريه لتقع الفتوى مقرره و محققه، ليأمن بذلك عن الخطأ فى حكم الله تعالى شأنه.

و يمكن أن يريـد المصـنف استحباب حضورهم حتى مع العلم بصـحه الاجتهـاد، لاحتمـال خطـأ الحكم الواقعى فيه، فيمكن أن يحصل من أحـد منهم ما يرشد إلى ذلك و إن لم يتبين به فساد الاجتهاد، و من أن ذلك لا يتم إلا على أصولنا من أن المصـيب واحد لا على أصولهم القائلين

صواب كل مجتهد اجتهادا صحيحا.

و كيف كان ف لو أخطأ فأتلف بأن حكم لأحد بمال أو على أحد بقصاص أو نحو ذلك ثم ظهر أن الخطأ فى الحكم و لم يكن مقصرا فى الاجتهاد لم يضمن لأنه محسن و كان على بيت المال بلا خلاف أجده فيه نصا و فتوى،

قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خبر الأصبغ(۱): «ما أخطأه القضاه فى دم أو قطع فهو على بيت مال المسلمين».

و إذا تعدى أحد الغريمين مثلا فى مجلس القضاء على وجه محرم بأن كذب الشاهد أو نسب إلى القاضى الميل و الجور و نحو ذلك نهاه عن المنكر و عرفه خطاءه برفق، فان عاد زجره، فإن عاد أدبه بحسب حاله مقتصرا على ما يوجب لزوم النمط و الطريق الشرعى، إذ هو حينئذ كغيره من المنكر الذى يجب الردع عنه بمراتبه المقرره.

نعم لو كان ذلك معه استحب له العفو.

و إن أساء الأدب مع الخصم أو القاضى أو غيرهما أو استعمل اللدد أى طلب اليمين من الخصم ثم قطعها عليه و قال: لى بينه سأحضرها ثم يعود إلى الأول و هكذا إيذاء و تعنتا عرفه أيضا طريق الأدب اللائق بمثل ذلك المقام برفق، و بين له فساد ما ارتكبه، بل فى المسالك «فان بخع و إلا أغلظ له، فإن أفاد و إلا جاز تأديبه بما يقتضيه اجتهاده من التوبيخ و إغلاظ القول و نحو ذلك» و الله العالم.

[أما المكروه]

و أما الآداب المكروهه فهى أن يتخذ حاجبا وقت القضاء و نحوه من الولايات

للنبوى(۲)«من ولى شيئا من

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب آداب القاضى- الحديث- ۱.

۲- ۲ سنن البيهقى- ج ۱۰ ص ۱۰۱.

الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته وفاقته و فقره»

بل ربما قيل بالحرمه، بل عن الفخر أنه قربه مع اتخاذه على الدوام، بحيث يمنع أرباب الحوائج و يضر بهم، بل فى المسالك «هو حسن لما فيه من تعطيل الحق الواجب قضاؤه على الفور» و إن كان الجميع كما ترى، ضروره كون المراد كراهه اتخاذه من حيث كونه حاجبا، فلا ينافى الحرمه من جهه أخرى، و الأمر سهل.

و أن يجعل المسجد مجلسا للقضاء دائما لأنه إنما بنى لذكر الله و الصلاه، و ل

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «جنبوا المساجد صبيانكم و مجانينكم و خصوماتكم و رفع أصواتكم»

و الحكومه تستلزم غالبا ذلك، بل قد تحتاج إلى إحضار الصبيان و المجانين، بل قد تستلزم إدخال الحيض و المشركين و من لا يتوقى النجاسه.

و لكن لما كان من المعلوم اتفاق وقوعه من النبى (صلى الله عليه و آله)(۲)و أمير المؤمنين (عليه السلام)(۳)بل دكه القضاء إلى الآن معروفه قال المصنف لا يكره لو اتفق نادرا فيكون المكروه منه حينئذ الدائم لا مطلقا، بل ربما وجب فى بعض الأحيان، كما لو اتفقت فيه و كان تأخيرها منافيا للفوريه أو لغيرها مما يحرم، و وافقه عليه الفاضل.

و قيل و القائل الشيخ فى ظاهر المحكى من خلافه و مبسوطه:

لا يكره مطلقا التفاتا إلى ما عرف من قضاء على (عليه السلام)

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۰۳.
۲- ۲ سنن البيهقى ج ۷ ص ۳۹۸.
۳- ۳ المستدرك الباب ۱۷ من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۵ و ۷.

بجامع الكوفه(۱)بل عن ظاهر المقنعه و النهايه و المراسم و السرائر، الاستحباب، لأن القضاء من أفضل الطاعات، و المسجد من أشرف البقاع، و

عن بعض الكتب(۲)أنه بلغ عليا (عليه السلام) أن شريحا يقضى فى بيته، فقال: «يا شريح اجلس فى المسجد، فإنه أعدل بين الناس، و أنه وهن بالقاضى أن يجلس فى بيته».

و قيل- و القائل الصدوق فيما حكى عن الفقيه و المقنع-: يكره عملا بعموم الأخبار المتقدمه و حملا للواقع على الضروره و الدلاله على الجواز.

بل قد عرفت فى أحكام المساجد من كتاب الصلاه(۳)عن جمله من كتب الأصحاب التصريح فيها بكراهه إنفاذ الأحكام، و إن قيل المراد الحبس على الحقوق و الملازمه عليها، لكن يدخل فيه إقامه الحدود، و هى مذكوره معه فى الكتب المزبوره.

و قد يقال: إن القضاء من حيث كونه قضاء لا كراهه فيه، بل لا يبعد رجحانه، نعم قد يقترن بما يرجح تركه فى المسجد أو يحرم فعله، و هو خارج عن محل البحث، و ربما كان ذلك أولى بالجمع من غيره، و الله العالم.

و أن يقضى و هو غضبان

للنبوى(۴)«لا يقضى القاضى و هو غضبان»

و لما فيه من المخاطره فى الوقوع فى الخطأ معه.

و كذا يكره مع كل وصف يساوى الغضب فى شغل النفس، كالجوع و العطش و الغم و الفرح و مدافعه الأخبثين و غلبه النعاس

۱- ۱ البحار- ج ۴۰ ص ۲۷۷ و ج ۶۲ ص ۱۶۷.

۲- ۲ المستدرک الباب- ۱۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۳.

۳- ۳ راجع ج ۱۴ ص ۱۱۵- ۱۱۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱ و سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۰۵.

و نحو ذلک، و

عنه أیضا (صلی الله علیه و آله)(۱): «لا یقضی و هو شبعان ریان»

و فی آخر: «لا یقضی و هو غضبان مهموم، و لا مصاب محزون»

و فی وصیته (علیه السلام) لشریح(۲): «و لا تقعد فی مجلس القضاء حتی تطعم»

و قال (علیه السلام)(۳)له أیضا: «لا تسار أحدا فی مجلسک و إن غضبت فقم، و لا تقضین و أنت غضبان»

و فی البحار عن أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۴)ما حاصله أنه «سئل عن مسأله فأحجم فقیل له: عهدنا بک یا أمیر المؤمنین إذا سئلت کنت کالحدیده المحماه، فقال: کنت حازقا، و لا رأی لحازق إلی ثلاثه أیام»

الحدیث.

و قال أبو عبد الله (علیه السلام)(۵): «لسان القاضی من وراء قلبه، فان کان له قال، و إن کان علیه أمسک».

نعم إن کان معصوما من الخطأ مؤید مسدد لا بأس بقضائه و هو فی شی ء من هذه الأحوال، و قد

روی(۶)«أن الزبیر بن العوام و رجلا من الأنصار اختصما فی شراج الحره إلی رسول الله (صلی الله علیه و آله) فقال النبی: اسق زرعک یا زبیر ثم أرسل الماء إلی جارک، فقال الأنصاری لرسول الله (صلی الله علیه و آله): أن کان ابن عمتک، فاحمر وجهه و قال له: اسق زرعک یا زبیر ثم احبس الماء حتی یبلغ أصول الجدر»

فقضی (صلی الله علیه و آله) بعد غضبه للزبیر باستیفاء تمام حقه بعد أن

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۱۰۶ و فیه « لا یقضی القاضی إلا و هو شبعان ریان»

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۲.

۴- ۴ البحار- ج ۲ ص ۵۹- ۶۰ و ج ۴۲ ص ۱۸۷ عن أمالی الشیخ الطوسی ج ۲ ص ۱۲۸ ط النجف و فی الموارد الثلاثه هکذا: « فقال: کنت حازقا، و لا رأی لثلاثه: لا رأی لحاقن و لا حازق.».

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۲.

۶- ۶ سنن البیهقی ج ۶ ص ۱۵۳.

كان قـد اسـتنزله عن بعضه، و ربما اسـتثنى لذلك بعضـهم مطلق الغضب لله تعالى، و الأولى ما ذكرنا، لأنه على كل حال يشوش الذهن.

و على كـل حـال ف لو قضـى و الحـال هـذه نفـذ إذا وقع حقا بلا خلاف، للعمومات السالمه عن المعارض بعـد حمل النصوص السابقه على الكراهه، لقصورها من وجوه عن الحرمه.

و أن يتولى البيع و الشراء لنفسه في مجلس الحكم و غيره مع من يعلم أنه يحاسبه و غيره، ل

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «ما عدل وال اتجر في رعيته أبدا»

بل

في آخر «لعن إمام يتجر في رعيته»

و لما في ذلك من تشويش البال و احتمال المحاباه المقتضـي ميل قلبه و خوف خصم من عامله من ميل القاضـي و التهمه و غير ذلك.

بل الظاهر إلحاق غير البيع و الشراء من المعاملات بهما، بل قيل:

يكره له النظر في نفقه عياله و ضيعته و نحو ذلك مما يشغل قلبه، و حينئذ فالأولى توكيل من لا يعرف أنه وكيله،

و عن المنـاقب لأخطب خوارزم عن أبي مطر(۲)عن أمير المؤمنين (عليه السـلام) «أنه أتى سوق الكرابيس فقال: يا شـيخ أحسـن بيعي في قميصـي بثلاث دراهم، فلمـا عرفه لم يشتر منه، ثم أتى إلى آخر فلمـا عرفه لم يشتر منه، فـأتى غلاما حـدثا فاشترى منه قميصا بثلاثه دراهم».

و كذا يكره له أيضا أن يتولى الحكومه بأن يقف بنفسه مع خصمه عند قاض آخر، و

روى(۳)«أن عليا (عليه السلام)

۱- ۱ الجامع الصغير للسيوطي ج ۲ ص ۱۴۶ و ذكره ابن قدامه في المغني ج ۱۱ ص ۴۳۹.

۲- ۲ سنن البيهقي- ج ۱۰ ص ۱۰۷.

۳- ۳ ورد في نهـج البلاغه عنه عليه السـلام: « أن للخصومه قحما» و قال- ابن أبي الحديـد في شـرحه ج ۱۹ ص ۲۶۰ ط مصر:« هذه الكلمه قالها أمير المؤمنين عليه السلام حين وكل عبد الله بن جعفر في الخصومه عنه و هو شاهد».

وكل عقيلا فى خصومه، و قال: إن للخصومه قحما، و إنى لأكره أن أحضرها»

و ما اتفق وقوعه منه (عليه السلام)(۱)أو من النبى (صلى الله عليه و آله)(۲)إنما كان لبيان بعض الأحكام الشرعيه التى أخطأ فيها من نصب نفسه قاضيا للناس أو لغير ذلك من المصالح.

و أن يستعمل الانقباض فى وجوه الخصوم المانع من اللحن بالحجه و التفطن بها و تحريرها على وجه الكمال.

و كذا يكره له اللين الذى لا يؤمن معه جرأه الخصوم و يفضى إلى سقوط محله عن القلوب.

و يكره له أيضا أن يرتب الشهاده(۳)قوما مخصوصين دون غيرهم لما فيه من التضييق على الناس و الغضاضه على غيرهم من العدول.

بل قيل و القائل الشيخ فى محكى المبسوط يحرم ذلك لاستواء العدول فى موجب القبول، و لأن فى ذلك مشقه على الناس بما يلحق من كلفه الاقتصار (۱۱) قال: «لا يجوز للحاكم أن يرتب شهودا يسمع شهادتهم دون غيرهم، بل يدع الناس، و كل من شهد عنه فان عرفه و إلا سأل عنه على ما قلناه، و قيل: إن أول من رتب شهودا لا يقبل غيرهم إسماعيل بن إسحاق القاضى المالكى، و الصحيح ما قلناه، لأن الحاكم إذا رتب قوما فإنما يفعل هذا بمن هو عدل عنده

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۳- ۳ و فى الشرائع« للشهاده».

و غير من رتبه كذلك مثله أو أعدل منه، فان كان الكل سواء لم يجز أن يخص بعضهم بالقبول دون بعض، و لأن فيه مشقه على الناس لحاجتهم إلى الشهاده فى الحقوق فى كل وقت من نكاح و طلاق و غصب و قتل و غير ذلك، فإذا لم يقبل إلا قوما دون قوم شق على الناس، و لأن الشاهد إذا علم أنه لا يقبل إلا قول غيره ربما تقاعد عنها حتى يأخذ الرشوه، و لأن فيه إبطال الحقوق، فان كل من له حق لا يقدر على إقامه البينه به ممن كان مقبول الشهاده راتبا لها دون غيرهم، فاما أن يرتب قوما عرف عدالتهم و سكن إليهم يسمع قولهم و يقبل شهادتهم، فإذا شهد عنده بالحق غيرهم بحث عنهم، فإذا تزكوا حكم بذلك فلا بأس به».

و من ذلك يعلم أن الشيخ غير مخالف فى مفروض المتن، ضروره أنه لا إشكال فى حرمه الترتيب على وجه لا يسمع غيرهم و إن جمع شرائط قبول الشهاده، كما لا إشكال فى جواز ترتيب أناس لتحمل الشهاده و إن قبل شهاده غيرهم أيضا، و هو الذى أشار إليه أخيرا؛ لكن لا يخلو من مرجوحيه، لاحتمال التهمه و الرشوه و غير ذلك.

و من هنا قال فى كشف اللثام بعد حكايه ما سمعته عنه «و الحق أن ما تضمنه هذا الكلام من قهر الناس على أن لا يحملوا الشهاده سوى من عينهم لها أو عدم سماع شهاده غيرهم من العدول مع معرفته باجتماع شرائط القبول و تمكنه من المعرفه فلا شبهه فى حرمته، و إنما المكروه أن يرتب قوما لتحمل الشهاده من غير قهر و لا رد لشهاده غيرهم» و مرجعه إلى ما ذكرناه.

[مسائل]

اشاره

و هنا مسائل:

[المسأله الأولى الإمام عليه السلام يقضى بعلمه مطلقا]

الأولى لا خلاف بيننا معتد به فى أن الامام (ع) يقضى بعلمه مطلقا فى حق الله و حق الناس، بل فى محكى الانتصار و الغنيه و الإيضاح و نهج الحق و غيرها الإجماع عليه، و هو الحجه مضافا إلى

قول على (عليه السلام) لشريح لما تخاصم مع من عنده درع طلحه(۱): «ويلك أو ويحك إمام المسلمين يؤمن من أمورهم على أعظم من هذا».

و لقوله تعالى(۲)«يا داوُدُ إِنَّا جَعَلْناكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ». و قال(۳)«أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ». و قال(۴): «وَ إِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ» و من حكم بعلمه فقد حكم بالحق و العدل و القسط.

و ل

قول الصادق (عليه السلام) فى خبر الحسين بن خالد(۵): «الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزنى أو يشرب خمرا أن يقيم عليه الحد، و لا يحتاج إلى بينه مع نظره، لأنه أمين الله فى خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزجره و ينهاه و يمضى و يدعه:

قال: فقلت: كيف ذاك؟ فقال: لأن الحق إذا كان لله تعالى فالواجب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۶.

۲- ۲ سوره ص: ۳۸- الآيه ۲۶.

۳- ۳ سوره النساء: ۴- الآيه ۵۸.

۴- ۴ سوره المائده: ۵- الآيه ۴۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۳۲- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث ۳ من كتاب الحدود.

على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس».

و لوجوب تصديق الإمام فى كل ما يقوله و كفر مكذبه، و لذا

قتل أمير المؤمنين (عليه السلام) خصم النبى (صلى الله عليه و آله) لما تخاصما إليه فى الناقه و ثمنها(۱)

و هو يقتضى وجوب الخروج من حق يخبر به الامام، و هو يقتضى وجوب إخبار الامام به، و إلا لأدى إلى ضياع الحق، هذا مع براءه ساحه الإمام (عليه السلام) لعصمته عن التهمه.

خلافا لما حكاه السيد عن أبى على، فلم يجوزه مستدلا بأن الله تعالى أوجب للمؤمنين فيما بينهم حقوقا أبطلها فيما بينهم و بين الكفار و المرتدين كالمواريث و المناكح و أكل الذبائح و وجدنا الله قد اطلع رسوله (صلى الله عليه و آله) على من كان يبطن الكفر و يظهر الإسلام، فكان يعلمه و لم يبين أحوالهم لجميع المؤمنين فيمتنعوا من مناكحتهم و أكل ذبائحهم.

و دفعه السيد بمنع أن الله تعالى قد أطلعه عليهم بأعيانهم، قال:

«فان استدل على ذلك بقوله تعالى(۲)«وَ لَوْ نَشاءُ لَأَرَيْناكَهُمْ فَلَعَرَفْتَهُمْ بِسِيماهُمْ، وَ لَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ» فهذا لا يدل على وقوع التعريف، و إنما يدل على

القدره عليه، و معنى قوله «وَ لَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ» أى يستقر ظنك أو وهمك من غير ظن و لا يقين- قال-: ثم لو سلمنا اطلاعه على ذلك لم يلزم ما ذكره، لأنه غير ممتنع أن يكون تحريم المناكحه و الموارثه و أكل الذبائح إنما يختص بمن أظهر كفره و ردته دون من أبطنهما، و أن تكون المصلحه التى بها يتعلق التحريم و التحليل اقتضت ما ذكرنا، فلا يجب على النبى (صلى الله عليه و آله) أن يبين أحوال من أبطن الرده و الكفر لأجل هذه الأحكام التى ذكرناها، لأنها تتعلق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ سوره محمد ص: ۴۷- الآيه ۳۰.

بالمبطن و المظهر لا على سواء، و ليس كـذلك الزنا و شـرب الخمر و السـرقه، لأن الحد فى الأمور يتعلق بالمظهر و المبطن على سواء».

هذا كله فى الإمام (عليه السلام) و غيره من القضاه يقضى بعلمه فى حقوق الناس قطعا و فى حقوق الله تعالى على قولين:

أصحهما القضاء و فى الانتصار و الغنيه و محكى الخلاف و نهج الحق و ظاهر السرائر الإجماع عليه، و هو الحجه.

مضافا إلى مـا ذكروه من اسـتلزام عـدم القضاء به فسق الحاكم أو إيقاف الحكم، و هما معا باطلان، و ذلك لأنه إذا طلق الرجل زوجته ثلاثا مثلا بحضـرته ثم جحد كان القول قوله مع يمينه، فان حكم بغير علمه و هو اسـتحلافه و تسليمها إليه لزم فسقه، و إلا لزم إيقاف الحكم لا لموجب.

و اسـتلزامه أيضا عـدم وجوب إنكار المنكر و عـدم وجوب إظهار الحق مع إمكانه أو الحكم بعلمه، و الأول معلوم البطلان فتعين الثانى، و ذلك لأنه إذا علم بطلان قول أحد الخصمين فان لم يجب عليه منعه عن الباطل لزم الأول و إلا ثبت المطلوب.

مضافا إلى ظهـور كون العلم أقوى من الـبينه المعلوم إراده الكشف منهـا. و إلى تحقق الحكم المعلق على عنوان قـد فرض العلم بحصوله، كقوله تعالى(۱)«السَّارِقُ وَ السَّارِقَهُ فَـاقْطَعُوا أَيْـدِيَهُما». و «الزَّانِيَهُ وَ الزَّانِي»(۲)إلى آخرهـا. و الخطاب للحكام فإذا علموا تحقق الوصف وجب عليهم العامل، فان السارق و

الزانى تلبس بهذا الوصف لا من أقر به أو قامت عليه به البينه، و إذا ثبت ذلك فى الحدود ففى غيره بطريق أولى.

۱- ۱ سوره المائده: ۵ الآيه ۳۸.

۲- ۲ سوره النور: ۲۴- الآيه ۲.

كل هذا و فى الانتصار «فان قيل: كيف تستجيزون ادعاء الإجماع و أبو على بن الجنيد يصرح بالخلاف و يذهب إلى أنه لا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه فى شى ء من الحقوق و الحدود؟ قلنا: لا خلاف بين الإماميه فى هذه المسأله، و قد تقدم إجماعهم ابن الجنيد و تأخره، و إنما عول ابن الجنيد على ضرب من الرأى و الاجتهاد، و خطاؤه ظاهر، و كيف يخفى إطباق الإماميه على وجوب الحكم بالعلم؟ و هم ينكرون توقف أبى بكر عن الحكم لفاطمه بنت رسول الله (عليها السلام) بفدك لما ادعت أنحلها أبوها، و يقولون: إذا كان عالما بعصمتها و طهارتها و أنها لا تدعى إلا حقا فلا وجه لمطالبتها بإقامه البينه، لأن البينه لا وجه لها مع العلم بالصدق، فكيف خفى على ابن الجنيد هذا الذى لا يخفى على أحد؟- ثم ذكر الأخبار التى سمعتها ثم قال-: فمن يروى هذه الأخبار مستحسنا لها معولا عليها كيف يجوز أن يشك فى أنه كان يذهب إلى أن الحاكم يحكم بعلمه لو لا قله تأمل ابن الجنيد؟». و تبعه غيره فى شده الإنكار على ابن الجنيد فى عدم جواز القضاء بالعلم.

و لكن الإنصاف أنه ليس بتلك المكانه من الضعف، ضروره أن البحث فى أن العلم من طرق الحكم و الفصل بين المتخاصمين و لو من غير المعصوم فى جميع الحقوق أو لا، و ليس فى شى ء من الأدله المذكوره- عدا الإجماع منها- دلاله على ذلك، و الأمر بالمعروف و وجوب إيصال الحق إلى مستحقه بل كون العلم حجه على من حصل له يترتب عليه سائر التكاليف الشرعيه لا يقتضى كونه من طرق الحكم، بل أقصى ذلك ما عرفت، و أنه لا يجوز له الحكم بخلاف علمه، بل لعل أصاله عدم ترتب آثار الحكم عليه يقتضى عدمه.

كما أن

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

كذلك أيضا، بل ظاهر الحصر فى

صحيح هشام(۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال رسول الله (صلى الله عليه و آله): إنما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض»

كذلك، و كذا

قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فى خبر إسماعيل بن أبى أويس(۳): «جميع أحكام المسلمين على ثلاثه: شهاده عادله أو يمين قاطعه أو سنه جاريه مع أئمه هدى»

و كذا الخبر الآخر عنه (عليه السلام)(۴)إلى غير ذلك من النصوص الظاهره فى حصر طريق الحكم بالمعنى المزبور بالبينه و اليمين.

و أقصى ما يخرج منها المعلوم كذبهما و لو لمخالفتهما لعلمه، فلا يحكم حينئذ بهما، و هو لا يقتضى الحكم بعلمه و أنه أحد طرق للفصل كالبينه، بل هو أقوى، اللهم إلا أن يحمل ذلك كله على ما هو الغالب أو الظاهر منها فى صوره عدم العلم، خصوصا مع ملاحظه إجماع الأصحاب، و يمنع الأصل المزبور بإطلاق ما دل على قبول الحكم بالعدل، كما فى كل شرط يشك فى توقف القبول عليه.

و منه مع الإجماع المحكى مستفيضا المعتضد بالتتبع يظهر حينئذ ضعف المحكى عنه من عدم جواز الحكم بالعلم مطلقا للإمام و غيره فى حق الله و حق الناس.

و فى المسالك عن مختصره الأحمدى من جواز الحكم فى حدود الله دون

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵ و الباب- ۲۵- منها الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۶ بطريق الخصال.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۶.

حق الناس، و المحکی عن ابن حمزه عکس ذلک، و عن حدود النهایه «إذا شاهد الامام من یزنی أو یشرب الخمر کان علیه أن یقیم الحد، و لا ینتظر مع مشاهدته قیام البینه و الإقرار، و لیس ذلک لغیره، بل هو مخصوص به، و غیره و إن شاهد یحتاج إلی أن یقوم بینه أو إقرار من الفاعل».

مع أنه لم نجد للجمیع مستندا صالحا غیر ما عرفت سوی اقتضاء ذلک التهمه- التی قد تحصل أیضا مع البینه و تزکیه النفس الحاصله بالجلوس فی منصب القضاء- و

النبوی فی قضیه الملاعنه(۱)«لو کنت راجما من غیر بینه لرجمتها»

التی لم یثبت صحته فی طرقنا، و دعوی بناء حدود الله المسامحه و الستر الممنوعه بعد الثبوت بالعلم.

و حینئذ فلا إشکال فی المسأله، ف یجوز له أن یحکم فی ذلک کله من غیر حضور شاهد یشهد بالحق معه یشهد الحکم أی یحضره، کما عن الحسن بن حی قال فی الحدود:

«إن علم بعد القضاء- أی بعد تولی منصب القضاء- فلا یقضی حتی یشهد معه ثلاثه، و فی غیره واحد» و عن الأوزاعی «أنه یشهد معه رجل آخر فی القذف حتی یحده» و قال اللیث: «لا یحکم فی حقوق الناس حتی یشهد معه آخر» و قال ابن أبی لیلی: «من أقر عند القاضی بدین فی مجلس الحکم فالقاضی لا ینفذ ذلک حتی یشهد معه آخر» إلی غیر ذلک من أقوالهم المبنیه علی الرأی و القیاس و الاستحسان و المصالح المرسله.

هذا و لکن لا یخفی علیک قصور العباره عن تأدیه المعنی المزبور بناء علی کون المراد بها الإشاره، ضروره عدم مدخلیه شهاده الحکم فی ذلک بمعنی حضوره، إذ المراد شاهد آخر بالحق مع الحاکم حضر الحکم أو لم یحضره.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۷ ص ۴۰۷.

كما أن ما فى قواعد الفاضل من استحباب ذلك رفعا للتهمه لم نتحقق دليله، بل لا- يخلو من منع إن أراد جواز الامتناع من الحاكم إذا لم يكن غيره، و الله العالم.

و على كل حال ففى المسالك استثناء صور من القضاء بالعلم حتى على القول بالمنع: (منها) تزكيه الشهود و جرحهم لئلا يلزم الدور أو التسلسل، و (منها) الإقرار فى مجلس القضاء و إن لم يسمعه غيره، و قيل يستثنى إقرار الخصم مطلقا، و (منها) العلم بخطإ الشهود يقينا أو كذبهم، و (منها) تعزير من أساء أدبه

فى مجلسه و إن لم يعلم غيره، لأنه من ضروره إقامته أبهه القضاء، و (منها) أن يشهد معه آخر، فإنه لا يقصر عن شاهد.

و لا يخلو الأخير منها من نظر، لعدم وضوح دليل الاستثناء فيه مع فرض عدم جواز القضاء بالعلم، بل و الثانى إذا كانت الدعوى إقراره، و الفرض تعقيبه له بالإنكار و لم يسمعه منه إلا- الحاكم، فان طريق ثبوته حينئذ ليس إلا- البينه، اللهم إلا- أن يقال: إن الإقرار حتى فى الفرض أحد طرق الحكم كسماع البينه، فتأمل جيدا.

ثم إن الظاهر إراده الأعم من اليقين و الاعتقاد القاطع و لو من تكثير أمارات من العلم، لكون الجميع من الحكم بالحق و العدل و القسط عنده و لغير ذلك مما سمعته من أدله المسأله و إن كان هذا الفرد من العلم مما يمكن فيه البحث نحو ما ذكروه فى الشاهد، و ليت المانع اقتصر عليه فى غير الامام باعتبار احتمال كونه خطأ عند غير القاطع، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدلها يجوز حبسه لقيام البينه بما ادعاه]

المسأله الثانيه:

إذا أقام المدعى بينه و لم يعرف الحاكم عدالتها فالتمس المدعى حبس المنكر ليعدلها قال الشيخ (رحمه الله) فى محكى المبسوط:

يجوز حبسه لقيام البينه بما ادعاه و ربما تبعه جماعه بناء منهم على الاكتفاء فى ثبوت الحق بالبينه التى لم يعلم فسقها و إن كان قد يطلب تزكيتها لاسترابه الحاكم أو التماس الغريم أو للاستظهار أو لنحو ذلك.

و لكن فيه إشكال بل منع بناء على المختار من حيث عدم ثبوت الحق إلا بالبينه العادله، ضروره أنه لم يثبت حينئذ بتلك البينه المفروضه حق يوجب العقوبه التى منها الحبس و لا المطالبه بكفيل أو رهن، كما هو واضح.

و دفع ذلك ببعض الاعتبارات و الاستحسانات مما لا ينطبق على أصولنا، و البناء على أصاله العداله يوجب حكم الحاكم، فتخرج المسأله عن الفرض، بل لا يخفى عليك فى المحكى عن الشيخ من عدم الالتئام، فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو قضى الحاكم على غريم مثلا بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى ينظر]

المسأله الثالثه:

لو قضى الحاكم على غريم مثلا بضمان مال و أمر بحبسه فعند حضور الحاكم الثانى يجب عليه أن ينظر (١١) فى حكم الأول، لاحتياج الاستيفاء منه إلى مسوغ فان كان الحكم (١٢) الأول موافقا للحق لزم و إلا أبطله، سواء كان مستند الحكم (١٣) الثانى قطعيا

کإجماع أو خبر متواتر أو اجتهادیا کخبر الواحد و منصوص العله و نحوهما و قد أخطأ الأول فی الاجتهاد، لأنه یکون حینئذ الأول من الحکم بغیر ما أنزل الله تعالی.

و کذا کل حکم قضی به الأول غیر المفروض و بان للثانی فیه الخطأ و لو لفساد الاجتهاد من الأول فإنه ینقضه، و کذا لو حکم هو ثم تبین الخطأ علی نحو ما سمعته فی غیره فإنه یبطل الأول و یستأنف الحکم بما علمه لما عرفت.

هذا و لکن قد یشکل وجوب النظر فی الأول- و إن جزم به فی المسالک، بل ظاهره المفروغیه منه عند ذکرهم من الأدب النظر فی المحبوسین- بأن ذلک من آثار الحکم الأول الذی قد أمرنا بعدم رده بعد حمله علی الوجه الصحیح، فهو حینئذ کالتصرف بالمال الذی قد أخذ بحکمه من غیر فرق بین الدار و غیرها.

علی أنه لا- إشکال فی ثبوت الحق بحکم الحاکم، فلا یجوز له النظر مع امتناع من له الحق عن المرافعه، لانقطاع دعواه بحکومه الأول فضلا عن أن یجب علیه، بل ربما یتوهم عدم محل للدعوی و إن تراضی الخصمان بتجدیدها عند الحاکم الثانی، و إن کان الأقوی خلافه، بل الأقوی نفوذ حکمه و إن اقتضی نقض الأول و لو لدلیل اجتهادی یعذر فیه.

و یمکن حمل عباره المصنف علی هذا أو علی معنی ثبوت الحق بحکم حاکم عند حاکم آخر، لأن أقصاه إلزام الخصم بمقتضی البینه التی قامت عنده مثلا، و مثله لا یکون مثبتا للحق عند غیره، و عدم جواز الرد علیه مع عدم العلم بفساده لا یقتضی تحقق الموضوع الذی یتوقف علیه مباشره الثانی لاستیفاء الحق الذی هو من ولایه القضاء بالمعنی الأعم، فلیس له حینئذ ذلک إلا بعد ثبوت کونه مستحقا علیه عنده، و لیس فی

الأدله أزيد من حرمه الرد و من الإنكار على الراد له و نحو ذلك مما لا دلاله فيه على ثبوت الحق عند الثانى على وجه يكون وليا على استنقاذه.

و لكن لا يخفى عليك منافاه ذلك لما تسمعه من وجوب التنفيذ على الحاكم حكم آخر، بل هو إنشاء حكم من الحاكم الثانى بإلزام الأول حتى لو خالف رأيه، و دعوى أن المفروض عدم انتهاء الحكم فيه من الأول يدفعها ظهور العباره فى خلافها، ضروره كون حبسه لاستنقاذ الحق منه، فلا محيص عن حمل العباره على إراده النظر إن شاء، لا وجوبه أو نحو ذلك.

و حينئذ لا يحتاج إلى التقييد بفساد الاجتهاد الأول لتقصير و نحوه، بل له نقضه مع تراضيهما بتجديده أو كان مما يلزم الحاكم الثانى تجديده لإراده ثبوت العنوان عنده و إن كان اجتهاد الأول صحيحا. بل و كذا عباره الإرشاد «و كل حكم ظهر بطلانه فإنه ينقضه، سواء كان هو الحاكم أو غيره، و سواء كان مستند الحكم قطعيا أو اجتهاديا» بل و ما فى القواعد «الأقرب أن كل حكم ظهر له أنه خطأ سواء كان هو الحاكم أو السابق فإنه ينقضه و يستأنف الحكم بما علمه» بناء على ما فهمه الشهيد من إراده الأعم من القطع و الظن بظهور الخطأ، و سواء كان الأول عن اجتهاد صحيح أو لا.

و لعل الداعى لهم على حمل نحو عباره المصنف و ما شابهها على ما عرفت من فساد الاجتهاد- حتى جزم به المحقق الأردبيلى حاملا- لعباره الدروس عليه التى أشكلها فى المسالك مع حمله عباره المصنف و غيرها على إراده فساد الاجتهاد، و تبعه فى كشف اللثام، و إن أشكل الفرق بين الاجتهاد الصحيح و غيره، خصوصا فى هذه الأزمنه التى تكثرت فيها الأمارات حتى أنه ربما يطرح الخبر الصحيح فى مقابله الأصل و نحوه- هو أنها

منافیه فی الظاهر لما هو المعلوم- بل حکی علیه الإجماع بعضهم- من عدم جواز نقض الحکم الناشئ عن اجتهاد صحیح باجتهاد کذلک، و إنما یجوز نقضه بالقطعی من إجماع أو سنه متواتره أو نحوهما.

بل عن الشیخ أن الحکم خطأ و لو بمخالفه القاطع لم ینقض إذا کان حقا للناس، لأن صاحب الحق ربما أسقط حقه، نعم ینقض إذا کان حقا لله عز و جل، کالعتق و الطلاق، و به أفتی الفاضل فی القواعد أولا و إن کان فیه ما عرفت من عدم الإجماع علی عدم جواز النقض فیما ذکرناه من الفرض.

و قد یناقش الشیخ بأن له الرئاسه العامه المقتضیه للخطاب بإظهار الحق و تأییده و رد الباطل و إفساده من غیر فرق بین الجمیع، نعم لو رضی المحکوم علیه بعد ظهور بطلان الحکم علیه ببذل ماله لمن فی یده المال مثلا فلا بأس، لأن الناس مسلطون علی أموالهم، و مجرد احتمال رضاه لا- یرفع الخطاب بإظهار الحق و تدمیر الباطل کما وقع منهم (علیهم السلام) و خصوصا أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی قضایا متعدده وقعت من حکام الجور فی زمانه(۱).

نعم قد یقال: إن ذلک کله مع المخالفه للدلیل العلمی الذی لا مجال للاجتهاد فیه، و لکن وقع الحکم من الأول غفله عنه أو جورا أو نحو ذلک، أما القطعی النظری کإجماع استنباطی و خبر محفوف بقرائن و تکثر أمارات و نحو ذلک مما یمکن وجود عکسها عند الأول کما نراه بالعیان بین العلماء و خصوصا فی دعوی الإجماع فلا یبعد عدم جواز النقض به فی غیر ما فرضناه، ضروره اندراج حکم الأول فی الأدله المقتضیه لنصبه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۶ و الباب ۲۱ منها الحدیث ۲.

فان المدار فی صحته علی معرفه حکمهم بالاجتهاد الصحیح الذی هو أعم من القطع النظری و الظن، و احتمال الإصابه للواقع فی المقطوع بهما عند الحاکمین أو أحدهما لکل منهما متحقق للشی ء فی حد ذاته و إن لم یکن محتملا عند القاطع، إلا أنه هو حاکم بصحته فی حق الحاکم الآخر و من ترافع إلیه من حیث ظهور دلیل حجیه اجتهاده فی ذلک، فلو نقضه حینئذ لکان ناقضا لحکمه نفسه الذی استفاده من دلیل صحه الاجتهاد، فلا یبعد القول بعدم جواز النقض أیضا بالقطع النظری کالظنی، لأنهما عند التأمل متحدان فیما قلناه، و یختص النقض به فی الفرض الأول الذی مرجعه إلی عدم اجتهاد صحیح، بل له نقضه إذا کان کذلک فی الظنی أیضا، ضروره ظهور دلیل صحه الحکم و حرمه الرد علیه فیما إذا

کان عن اجتهاد صحیح و إن ظن الحاکم الثانی خطأه أو قطع بدلیل قطعی نظری.

و قد بان لک من جمیع ما ذکرنا أن الحکم ینقض و لو بالظن إذا تراضی الخصمان علی تجدید الدعوی و قبول حکم الحاکم الثانی، و ینقض إذا خالف دلیلا علمیا لا مجال للاجتهاد فیه أو دلیلا اجتهادیا لا مجال للاجتهاد بخلافه إلا غفله و نحوها، و لا ینقض فی غیر ذلک، لأن الحکم بالاجتهاد الصحیح حکمهم، فالراد علیه راد علیهم (علیهم السلام) و الراد علیهم علی حد الشرک بالله تعالی من غیر فرق بین اقتضائه نقض فتوی و عدمه للإطلاق. و من هنا جاز نقض الفتوی بالحکم دون العکس.

و المراد بنقضها إبطال حکم الکلی فی خصوص الجزئی الذی کان مورد الحکم بالنسبه إلی کل أحد، من غیر فرق بین الحاکم و مقلدته و بین غیرهم من الحکام المخالفین له و مقلدتهم و یبطل حکم الاجتهاد و التقلید فی خصوص ذلک الجزئی.

کما أنه لا فرق فی ذلک بین العقود و الإیقاعات و الحل و الحرمه

و الأحکام الوضـعیه حتی الطهاره و النجاسه، فلو ترافع شـخصان علی بیع شـی ء من المائعات و قد لاقی عرق الجنب من زنا مثلا عنـد من یری طهارته فحکم بـذلک کان طاهرا مملوکا للمحکوم علیه و إن کان مجتهـدا یری نجاسـته أو مقلـد مجتهـد کذلک لإطلاق ما دل(۱)علی وجوب قبول حکمه و أنه حکمهم (علیهم السـلام) و الراد علیه راد علیهم، و یخرج حینئذ هذا الجزئی من کلی الفتوی بـأن المـائع الملاـقی عرق الجنب نجس فی حق ذلـک المجتهـد و مقلـدته. و کـذا فی البیوع و الأنکحه و الطلاق و الوقوف و غیرها، و هذا معنی وجوب تنفیذ الحاکم الثانی ما حکم به الأول و إن خالف رأیه ما لم یعلم بطلانه.

و أما عـدم نقض الحکم بالفتوی حتی من ذلک الحاکم لو فرض تغیر رأیه عن الفتوی بعد حکمه فی جزئی خاص فلأصاله بقاء أثر الحکم و ظهور أدلته فی عدم جواز نقضه مطلقا، و عدم اقتضاء دلیل الفتوی أزید من العمل بأفراد کلی متعلقها من حیث إنها کذلک، فلا تنافی خروج بعض أفرادها بالحکم لدلیلها، بل لعله لیس من متعلق کلیها المراد به ما عدا المحکوم علیه من أفرادها.

م هی إنمـا تنقض بـالفتوی علی معنی بطلاـن الفتوی برجوع صاحبها عنها فیما لم یعمل به من أفرادها، أما ما عمل به فیه منها فلا نقض فیمـا لاـ یتصور النقض فیه، کما إذا کان فعلا قـد فعله أو مالا أکله أو شـربه، بل لو کان من الأفعال التی لها قضاء أو إعاده کالصـلاه و نحوهـا مما ینـدرج فی قاعـده الاجزاء و غیرها فلا نقض فیه مع فرض کون الثانیه ظنیه أیضا، بل لو عمل بالفتوی مما یقتضی الاستمرار و البقاء لم ینقض بالتغیر، کما لو تزوج امرأه ارتضعت معه عشر رضعات بفتوی عدم نشرها الحرمه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

ثم رجع المفتی عن ذلک لم یبطل نکاحه و إن کان لا یجوز له تزویج امرأه أخری کذلک إذا کان مقلدا له فی ذلک، لأن العقد المقتضی دوام النکاح قد وقع بالفتوی الأولی التی لم یعلم بطلانها، فآثار حکم العقد باقیه علی حالها، للأصل و غیره إلا إذا تعقبه حکم بالفسخ، لما عرفت من نقض الفتوی به.

و هکذا کل ما کان من هذا القبیل من الأسباب المستقله بدلیل علی لزومها بمجرد عدم العلم بفسادها، فتبقی حینئذ علی ذلک و إن تغیر رأی المجتهد، فإنه لا دلیل علی الفسخ به، بل حاصل الأدله خلافه کما یبقی علی قاعده الإجزاء مثل الصلاه و الغسل و الوضوء.

بل قد یقال: إن غسل النجاسه أیضا کذلک و إن کان لا یخلو من نظر و بحث، ضروره عدم مقتض للدوام فیه، بل هو تابع لظن المجتهد ما دام باقیا، فلو غسل مثلا شیئا بالماء القلیل الملاقی للنجاسه بفتوی عدم تنجسه بذلک ثم تغیر رأیه وجب تجدید الغسل، لأن طهاره المغسول به مقیده بما دام ظن المجتهد کذلک، فهو حینئذ کالماء نفسه و هکذا. بل قد یقال فی نحو الوضوء به بوجوب تطهیر

الید و إن قلنا بصحه الوضوء به، اللهم إلا أن یمنع ذلک لقاعده العسر و الحرج، خصوصا فیما لو بنی به مثلا مسجدا و نحوه إلا أن ذلک کما تری.

أما الفتوی بطهاره شی ء للأصل مثلا ثم تغیر رأیه إلی النجاسه فلا إشکال فی وجوب اجتنابه علیه، لعدم استناد الطهاره المفتی بها أولا إلی سبب یقتضی بقاءها.

و ما عن العمیدی من الإجماع علی النقض فی نحو نکاح المرتضعه لم نتحققه، بل لعله علی العکس، کما هو مقتضی السیره مضافا إلی ما عرفت، و حینئذ فالمراد بنقضها فی نحو الفرض بطلان العمل بها فی جمیع المتجدد من أفرادها، و أما ما وقع فلا نقض فیه.

و من ذلک کله بان لک الحال فی الصور الأربعه: و هی نقض الفتوی بالفتوی و بالحکم و نقض الحکم بالفتوی و بالحکم.

و لکن بقی الکلام فی الفرق بینهما، و الظاهر أن المراد بالأولی الاخبار عن الله تعالی بحکم شرعی متعلق بکلی، کالقول بنجاسه ملاقی البول أو الخمر، و أما قول هـذا القدح نجس لذلک فهو لیس فتوی فی الحقیقه و إن کان ربما یتوسع بإطلاقها علیه، و أما الحکم فهو إنشاء إنفاذ من الحاکم لا منه تعالی لحکم شرعی أو وضعی أو موضوعهما فی شی ء مخصوص.

و لکن هل یشترط فیه مقارنته لفصل خصومه کما هو المتیقن من أدلته، لا أقل من الشک، و الأصل عدم ترتب الآثار علی غیره، أو لا یشترط، لظهور

قوله (علیه السلام)(۱): «إنی جعلته حاکما»

فی أن له الإنفاذ و الإلزام مطلقا، و یندرج فیه قطع الخصومه التی هی مورد السؤال و من هنا لم یکن إشکال عندهم فی تعلق الحکم بالهلال و الحدود التی لا مخاصمه فیها.

و علیه حینئذ فإذا أرید الإلزام بشی ء و إنفاذه علی وجه تنقطع عنه الخصومات الآتیه من حیث الاختلاف فی الاجتهاد أنشأ الحاکم إنفاذ تلک الخصومه منه علی

وجه تکون کما لو وقع النزاع فیها، فإذا أنشأ الحکم بصحه تزویج المرتضعه معه عشر رضعات مثلا لم یکن لهما بعد ذلک الخصومه من هذه الجهه فتأمل.

ثم إن الفاضل فی القواعد قال: «صوره الحکم الذی لا ینقض أن یقول الحاکم: قد حکمت بکذا أو قضیت أو نفذت الحکم بکذا أو أمضیت أو ألزمت أو ادفع إلیه ماله أو اخرج من حقه أو یأمره بالبیع و غیره، و لو قال: ثبت عندی أو ثبت حقک أو أنت قد قمت بالحجه أو أن دعواک ثابته شرعا لم یکن ذلک حکما، و یسوغ إبطاله».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

و فى الدروس يقول: «حكمت أو قضيت أو أنفذت أو أمضيت أو ألزمت، و قيل: يكفى ادفع إليه ماله أو اخرج إليه من حقه، أو يأمره بأخذ العين و بيعها، و لا يكفى أن يقول: ثبت عندى أو أن دعواك ثابته، و يجوز نقضه عند عروض قادح بخلاف الأول».

قلت: لا دليل على اعتبار لفظ خاص فيه، فيكون المدار على كل ما دل على إنشاء معنى الحكم، بل لا يبعد الاكتفاء بالفعل الدال على ذلك فضلا عن قول: «ثبت عندى» مريدا به ذلك، أما مع عدم إراده إنشاء ذلك بها فليست حكما، و كذا قوله: «ادفع إليه ماله» و نحوه و بالجمله فالمدار على ما عرفت، لأنه حكم لغه و عرفا.

بقى شى ء: و هو أنه مع تغير رأى المجتهد يجب عليه إعلام مقلديه بذلك، و يجب عليه محو ما كتبه من فتواه الأولى؟ صريح الأردبيلى ذلك، لكن فى صوره معلوميه فساد الأول بدليل قطعى أو بفساد الاجتهاد الأول، لأنه حينئذ خلاف الحق و الصواب، فيجب رفعه لئلا يقع الناس فى غير الحق، و لا يبقى الباطل معمولا به و معتقدا لأحد، بل الظاهر اتحاد الحكم و الفتوى بالنسبه إلى ذلك.

إنما الكلام فى وجوب الاعلام و المحو مع العدول لدليل ظنى على وجه لا يقتضى فساد الاجتهاد الأول، و الظاهر عدمه، بل ينبغى القطع بعدم وجوب محوه من الكتاب، كما هو المشاهد من سيره العلماء فى اختلاف فتاواهم فى الكتاب الواحد، بل بدون مسافه معتد بها، على أن المقلد العامل باستصحاب بقاء مقلده على فتواه معذور، و لا إثم عليه، فلا أمر بالمعروف بالنسبه إليه، بل لا يبعد القول بصحه عمله و إن كان عباده، أما لاقتضاء الاستصحاب المستفاد من قاعده اليقين البدليه عن الواقع إلى أن يعلم إلا ما خرج بالدليل، و إما لأنها حينئذ من عباده الجاهل التى

لم يعلم فسادها باعتبار موافقتها للفتوى الأولى و لم يعلم بطلانها، فتندرج فى المطلقات بناء على أنه أسماء للأعم.

و أولى من ذلک معاملاته من عقود أو إيقاعات، بل ظاهر القمى فى قوانينه صحتها حتى من الجاهل المتنبه للتقليد و قصر فيه إذا كانت موافقه لأحد الأقوال فى المسأله معللا ذلک بمعلوميه عدم اعتبار إيقاعها بعنوان التقليد و لو للسيره القطعيه، و بعد وقوعها فالأصل فيها الصحه حتى يعلم الفساد، و الفرض عدمه، فيندرج العقد المزبور فى إطلاق ما دل على صحته، و الإثم بترک التقليد مع تنبهه له لا يقتضى فساد العقد.

بل قد يقال: إن ذلک منه يقتضى صحه العقد من المجتهد أو مقلده إذا أوقعاه على خلاف الاجتهاد أو التقليد و كان موافقا لأحد الآراء فى المسأله، اللهم إلا أن يدعى أن الحكم الوضعى فى حقهما بعد اتصافهما بالوصفين المذكورين خلاف ذلک.

إلا أنه كما ترى، بل سابقه أيضا كذلک، ضروره أن إلحاقها بالصحيح لموافقتها لرأى القائل بذلک ليس بأولى من إلحاقها بالفاسد لموافقتها للقائل بذلک، بل هو من الترجيح بلا مرجح، و أصاله الصحه تقتضى حمل الفعل ذى الوجهين على الوجه الصحيح منهما لا أن الحق القول بالصحه، و الإطلاقات بعد تقييدها و لو بالاجتهاد لا وجه للاستناد إليها، بل لعل الأصول تقتضى الفساد، باعتبار رجوع ذلک إلى الشک فى حصول السبب الناقل مثلا.

نعم قد يقال بالصحه إذا كانت موافقه لرأى من يجوز تقليده حال وقوعها و الفرض أنه أوقعها الفاعل بعنوان ذلک و لو بتقليد من لا يجوز تقليده و قلنا إن مثله تقليد لمن يجوز تقليده و إن أخطأ فى تشخيصه إلا أنه موافق له.

لكنه كما ترى أيضا، ضروره عدم ذلك اتباعا و تقليدا، فالأولى القول بوقوعها مراعاه غير محكوم عليها بصحه و لا فساد إلا إذا لحقها و لو بعد ذلك بتقليد، فإنه ينكشف بذلك صحتها حال وقوعها، فيكون التقليد حينئذ طريقا إلى معرفه صحتها حين وقوعها، بل العباده أيضا كذلك إذا فرض وقوعها من أول الأمر بعنوان القربه، و لا يكون ذلك إلا فى الجاهل غير المتنبه حال إيقاعها بخلاف المعامله، فإنه يجوز وقوعها و لو مع الشك، لعدم اعتبار النيه فيها و عدم اعتبار سبق التقليد.

و لو فرض اختلاف المتعاقدين فاختار أحدهما القول بالفساد و الآخر الصحه و حدث بينهما نزاع ترافعا إلى حاكم يحكم بينهما بمقتضى رأيه فى خصوص المتنازع فيه، و يكون هو الحجه عليهما فيه، و ينقض تقليد أحدهما فيه، كما عرفته سابقا، فتأمل جيدا فإن المسأله من المشكلات التى لم تحرر.

بل الظاهر إجراء حكم الصحه و الفساد على توابع عقدهما من كل مجتهد اتفق له النظر فيه بنوع من الأنواع و إن ماتا على عدم التقليد و لم يلحقاه بما يقتضى الصحه فى حقهما، و الله العالم.

[المسأله الرابعه ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله]

المسأله الرابعه:

ليس على الحاكم تتبع حكم من كان قبله و لا غيره حملا لفعله على الوجه الصحيح و إن جاز له ذلك للأصل و غيره لكن لو زعم المحكوم عليه أن الأول حكم عليه بالجور لفساد اجتهاد و نحوه لزمه النظر فيه أي فى حكمه بلا خلاف أجده بين من تعرض له منا، لأنها دعوى لا دليل على عدم سماعها، فتبقى مندرجه فى إطلاق

ما دل على قبول كل دعوى من مدعيها من

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه على المدعى»

و غيره.

و لا ينافى ذلك ما تقدم من وجوب النظر فى المحبوس و إن لم يدع الظلم و الجور عليه، لما عرفته سابقا من معنى الوجوب مع فرض تمام الحكم من الأول، نعم لو أريد الحكم عليه كما حكم به الأول توقف الحكم عليه بأداء الحق على ثبوته عنده، و لا يكفى فيه حكم الحاكم السابق كما عرفته سابقا، بخلاف المقام المفروض فيه أيضا تمام حكم الحاكم و لم يبق شى ء منه، فليس عليه التعرض له حتى يدعى المحكوم عليه ذلك، فيلزمه حينئذ النظر مقدمه لقطع الدعوى المسموعه، كما هو واضح.

و كذا لو ثبت عنده ما يبطل حكم الأول و لو بإقرار منه أو غيره أبطله سواء كان من حقوق الله تعالى أو حقوق الناس على الأصح كما فى التحرير خلافا للفاضل و للمحكى عن الشيخ و بعض العامه من الاقتصار على الأول الذى له النظر فيه بخلاف الثانى المتوقف على مطالبه المستحق، و قد عرفت ضعفه، لمعلوميه وجوب إنكار المنكر عليه فى نفسه باعتبار كونه حكما بباطل و بغير ما أنزل الله تعالى شأنه، و أن له الولايه العامه.

إنما الكلام فى لزوم النظر فى الأول الذى قد يشكل- كما عن بعض العامه- بعدم اقتضاء ذلك وجوبه، بل أقصاه طلب البينه من المدعى على دعواه، فان لم يكن فله اليمين، و لا تلازم بين سماعها و وجوب النظر فى حكمه، إلا أنه كما ترى، ضروره وجوب سماع كل دعوى مقبوله عليه، لاقتضاء منصبه ذلك، و لإطلاق الأدله و الأمر بالمعروف، و غير ذلك.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵.

كما أنه قد يشكل أيضا سماع ذلك بالنسبه إلى نواب الغيبه من دون بينه بظهور دليل نصبهم فى أنه ليس للمحكوم عليه الاعتراض فيما حكموا به، و أنه بمنزله إنكار المولى عليه فعل وليه حال ولايته عليه بل أعظم، ضروره أن مقتضى جعل الامام (عليه السلام) له حاكما أى وليا فى ذلك، بل ذلك يقتضى سماع المحكوم عليه أخيرا، لو قال: إنه حكم عليه بالجور و هكذا، و يلزم منه فساد عظيم.

و لعله لذا كان ظاهر المصنف و غيره اختصاص ذلك بالحاكم المعزول باعتبار ارتفاع ولايته، فيكون دعوى المحكوم عليه كدعوى المولى عليه على وليه بعد ارتفاع ولايته و إن كان متعلق الدعوى الفعل حال الولايه، إلا أنه يدعى فساده، فتأمل جيدا، فان ذلك لا يصلح فارقا بعد إطلاق الأدله ما يقتضى سماعها على غير المعصوم، فالتحقيق سماعها مطلقا و إجراء أحكام الدعاوى عليها كغيرها، و ليس من الرد على الحاكم، بل هو من بيان خطأ الحاكم الذى هو غير معصوم.

[المسأله الخامسه إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهاده فاسقين وجب إحضاره و إن لم يقم المدعى بينه]

المسأله الخامسه:

إذا ادعى رجل أن المعزول قضى عليه بشهاده فاسقين وجب إحضاره و إن لم يقم المدعى بينه له بذلك، بل و إن صرح بعدمها بناء على أن له اليمين، و لاحتمال إقراره، و أبهه القضاء لا تنافى ذلك فان حضر و اعترف ألزم بالمال إن كان قد أخذه أو استوفى بحكمه.

و إن قال: لم أحكم إلا بشهاده عدلين قال الشيخ: يكلف البينه، لأنه اعترف بنقل المال و هو يدعى بما يزيل الضمان عنه فعليه البينه حينئذ.

و يشكل بما هو معلوم من أن الظاهر استظهار الحكام

فی أحکامهم لأنهم أمناء علی ذلک فیکون القول قوله مع یمینه، لأنه یدعی الظاهر بل ربما قیل أو احتمل عدم الیمین، و لعله علی ذلک یبنی عدم جواز إحضاره المقتضی لامتهانه عند القائل به، و مجرد احتمال الإقرار لا یقتضی وجوبه بعد أن کانت الدعوی لا یمین لمدعیها علی المدعی علیه، لأنه یدعی علیه مالا، و هذا کله جار فی المسأله السابقه بالنسبه إلی إحضار الحاکم مطلقا أو مع ذکر البینه و أن القول قوله مطلقا أو بیمینه أو یکلف البینه.

و لکن الأول أقوی، فیجب الإحضار مطلقا، سواء کانت الدعوی بأخذ أو استیفاء بحکمه أو غیر ذلک.

و کذا لو ادعی أنه أخذ منه رشوه أو نحو ذلک، بل أولی بالقبول، نعم لا یخفی علیک ما ذکرناه من احتمال عدم جریان نحو ذلک فی نواب الغیبه الجامعین للشرائط و إن سمعت الدعوی علیهم فی غیر ما یتعلق بما هم أولیاء فیه و إن کان التحقیق خلافه لما سمعت.

و لو بان أن الحاکم لیس من أهل الحکومه نقض جمیع أحکامه و إن کانت صوابا إلا ما لا فائده للنقض فیه، کرد المغصوب و الودیعه و نحوهما.

و لو کان الحکم خطأ عند الأول و لکن حکم به غفله و صوابا عند الثانی فالأقوی نقضه، کما لو تنبه الحاکم بنفسه له، و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا افتقر الحاکم إلی مترجم لم یقبل إلا شاهدان عدلان]

المسأله السادسه:

إذا افتقر الحاکم إلی مترجم لسماع الشهاده و نحوها لم یقبل إلا شاهدان عدلان حتی فیما یکتفی فیه بالشاهد و الامرأتین، لأنه بحکم الشهاده علی الشهاده لا الشهاده فیه، و لذا یکتفی بالعدلین فی ترجمه

شهود الزنـا المعتبر فيه أربعه و لاـ يقنع بالواحـد عملا بالمتفق عليه بعـد الشك فى أن ذلك من موضوع الشـهاده أو الروايه، و لا أصل و لا إطلاق ينقح أحدهما، فيجرى عليه حينئذ حكم الشهاده من التعدد، و لو لأنه المتيقن بخلاف غيره.

و دعوى أن الأصل الروايه- لأن الشـهاده قسم من الخبر و لكن اعتبر الشارع فى بعض أفرادها التعـدد، فما لم يثبت فيه يبقى على عموم مـا دل على قبول خبر العـدل- يـدفعها وضوح التبـاين بين الروايه و الشـهاده فى العرف الـذى هو المرجع فى أمثالهمـا بعد معلوميه عدم الوضع الشـرعى فيهما و عدم الاجمال، و اعتبار التعدد فى موضوع الشـهاده، لا أنه هو المميز لها عن الروايه، و كون جنسـهما الخبر لاـ يقتضـى أنهـا قسم منه، بـل هما نوعان متمايزان فى العرف الـذى يمكن أن يقال إن الترجمه فيه قـد تكون من الشـهاده و قـد تكون من الروايه، لاـ أنهـا مطلقـا شـهاده أو روايه، فحيث يراد بهـا إثبـات مـا يترتب عليه الحكم كشـهاده الشـاهد احتيجت إلى التعدد، ضـروره أنها حينئذ بمنزله شـهاده الفرع التى لا بد فيها من التعدد، لأنها شـهاده حينئذ، و حيث يراد فيها بيان المراد فى غير ذلـك كـانت روايه، و يكفى فيها الواحـد، و لعل منه بيان عباره المجتهـد مثلا لمقلـديه، أو بيان المراد من السؤال للمجتهد مثلا ليذكر حكمه و نحو ذلك مما لا يعد شهاده، بل هو من قسم الروايه و لو بالمعنى.

و بـالجمله فالمـدار على تميز أفراد الشـهاده و الروايه المقـابله لهـا العرف، فما كان من الأول اعتبر فيه التعـدد، للأدله الـداله على اعتبـار ذلك فيها من قوله تعالى(۱)«وَ أَشْـهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ» بناء على اسـتفاده ذلك منه، و غيره، و ما كان من الثانى اكتفى فيه بالواحد، لإطلاق

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۲.

دلیل قبول خبر العدل، و مع الشک فالظاهر لحوق حکم الشهاده عملا بالمتفق علیه لما عرفت.

و آیه النبا(۱)بعد أن کان موردها من أفراد الشهاده أو ما یشبهه وجب کون المراد من المفهوم فیها عدم وجوب تبین نبأ العدل فی موضوعی الشهاده و الروایه، علی معنی کونه مقبولا فی الجمله و إن کان قبوله فی الشهاده علی معنی أنه جزء البینه، و قبوله فی الروایه العمل به من غیر حاجه إلی التعدد الذی استفید من الأدله اعتباره فی الشهاده دون غیرها، و حینئذ فلیس المراد من الآیه قبول کل نبأ لعدل علی معنی العمل به من غیر حاجه إلی تعدد إلا ما خرج بالدلیل، فیکون ذلک أصلا لکل نبأ لم یعلم اعتبار التعدد فیه، ضروره عدم دلاله الآیه حینئذ علی حکم موردها، بل و لا- علی حکم الشهاده. و أولی من ذلک دعوی اختصاص الآیه بحکم الروایه المقابله للشهاده بقرینه اعتبار التبین فی نبأ الفاسق و عدمه فی نبأ العدل، و ذلک من خواصها، فإن شهاده الفاسق لا تبین فیها.

هذا و قد یقال: إنه یمکن استفاده اعتبار التعدد فی کل ما کان له مدخلیه فی القضاء و لو موضوع المدعی و تزکیه الشاهد و جرحه و غیر ذلک، ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۲): «إنما أقضی بینکم بالبینات»

إلی آخره.

و قوله (علیه السلام)(۳): «استخراج الحقوق»

إلی آخره و غیر ذلک مما یقتضی أنه لا بد من التعدد فی ثبوت کل موضوع للقضاء، و منه حینئذ الترجمه لشهاده الشاهد و دعوی المدعی أو نحو ذلک لا الترجمه من حیث کونها ترجمه و إن لم تکن فی موضوع یتعلق به القضاء.

۱- ۱ سوره الحجرات: ۴۹- الآیه ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۴.

و أما اعتبار الحريه فى المترجم فقد صرح الفاضل و غيره بعدم اعتبارها فيه. و قد يشكل بأن قاعده اليقين المزبوره تقتضى اعتبارها، بل بناء على أنها من الشهاده يتجه اعتبارها أيضا إن كانت الحريه معتبره فيها، هذا كله فى المترجم.

و أما مسمع القاضى لو كان أصم فالظاهر جريان حكم المترجم عليه، لما عرفت فان كثيرا مما ذكرنا أو جميعه جار فيه، بل الأولى فيهما إبرازهما على طرز الشهاده لا على طريق الروايه.

و من ذلك يظهر لك الحال فى تنقيح هذا المبحث و إن أطنب فيه بعضهم فى الأصول بعد أن حكى عن الشهيد تعريف الشهاده و الاشكال فى كثير من الأفراد فى أنها منها أو من الروايه، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا اتخذ القاضى كاتبا وجب أن يكون بالغا عاقلا مسلما عدلا]

المسأله السابعه:

إذا اتخذ القاضى كاتبا وجب أن يكون بالغا عاقلا مسلما عدلا لأنه أحد الأمناء الذين يعتبر فيهم ذلك، بل لا بد أن يكون أيضا بصيرا ليؤمن انخداعه فى تغيير الكتابه و إن كان مع ذلك فقيها كان حسنا لكونه حينئذ أكمل، بل ينبغى أن يكون جيد الكتابه بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك.

لكن قد يقال: إن ثمره الكتابه تذكر ما كان، و إلا فهى ليس من الحجه شرعا، و حينئذ فلا عبره بشى ء من هذه الأوصاف، ضروره أنه مع الذكر بها يجرى عليها الحكم، و إلا فلا و إن كان الكاتب بالأوصاف المزبوره، نعم معها غالبا تحصل الطمأنينه التى يجرى عليها الحكم.

و فيه أنها غير منحصره فيما كان للتذكر فيه مدخليه، بل قد تكون

مراسله و أمرا و نهيا و نحو ذلك مما يكون فيه زياده و نقيصه و تغيير و تبديل، كما يوجد الآن فى الكتبه للملوك، فالمراد حينئذ إذا اتخذ القاضى كاتبا معتمدا عليه فى الكتابه التى قد يشتغل عن ملاحظتها يجب أن يكون بهذه الأوصاف، فإنه أحد الأمناء.

هذا و الظاهر أن الكاتب و المترجم ارتزاقهما من بيت المال أيضا، و مع عدمه يأخذان الأجره ممن يعملان له، و الله العالم.

[المسأله الثامنه الحاكم إن عرف عداله الشاهدين حكم]

المسأله الثامنه:

الحاكم إن عرف عداله الشاهدين بشاهدين عدلين لم يجرحهما الخصم أو بخلطه منه حكم، و إن عرف فسقهما كذلك أطرح لما سمعته سابقا من الاجتزاء بعلمه فى ذلك أو ما يقوم مقامه شرعا.

و إن جهل الأمرين بحث عنهما بنفسه كما

يحكى(۱)عن النبى (صلى الله عليه و آله) أنه كان يفعل ذلك بإرسال شخصين من قبله لا يعلم أحدهما بالآخر يسألان قبيلتهما عن حالهما فان جاءا بمدح و ثناء حكم و إن جاءا بشين ستر عليهما و دعا الخصمين إلى الصلح، و إن لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عنهما، فان زكاهما حكم و إلا أطرحهما.

و لعل ذلك لأن بناء العداله التى هى شرط الحكم على البحث عنها، بل يمكن دعوى استفاده ذلك من إطلاق الأمر(۲)بالحكم بالبينه العادله، نحو البحث عن دخول الوقت للصلاه فيه، و البحث عن الماء للطهاره به، و غيرهما مما يستفاد وجوبه قبل تحقق وجوب

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب كيفيه الحكم.

المکلف به، أو أن المراد بحیث عنهما بتکلیف الخصم بتزکیتهما، و علی کل حال فالأمر سهل.

إنما الکلام فی الحکم بشهادتهما مع تزکیه الخصم لهما و إن قال: إنهما أخطئا فی هذه الشهاده من أن المراد بالتزکیه الاستظهار فی ثبوت حقه، فیکفی إقراره، و لما سمعته من المحکی عن النبی (صلی الله علیه و آله) و من اشتراط الحکم

بعدالتهما التی لم تثبت بإقرار الخصم و رضاه بالحکم بشهادتهما لا- یجدی فی صحه الحکم و جریان أحکامه علیه، کما لا یجدی رضاه بالحکم بشهاده فاسقین، و لعله أقوی.

و کذا لو عرف إسلامهما بل إیمانهما أیضا و جهل عدالتهما توقف عن الحکم حتی یبحث عن ذلک ف یتحقق له ما یبنی علیه من تعدیل (عداله خ ل) أو جرح لأن الإسلام و الایمان لیسا عداله و لا طریقا شرعا للحکم بها علی وجه یتحقق ما شرط بها من طلاق أو حکم أو ائتمام أو غیر ذلک کما عرفت الکلام فیه بما لا مزید علیه فی بحث الجماعه(۱).

و قال الشیخ فی الخلاف کما عن الإسکافی و المفید:

یحکم إما لأن الإسلام أو الإیمان مع عدم ظهور الفسق عداله، أو لأنه یحکم بها بمجردهما أو لأن الحاصل من مجموع قوله تعالی(۲):

«وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ» و قوله تعالی(۳)«وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ» و قوله تعالی(۴)«إِنْ جاءَکُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَیَّنُوا» قبول

۱- ۱ راجع ج ۱۳ ص ۲۸۰- ۲۹۰.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۲.

۳- ۳ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۸۲.

۴- ۴ سوره الحجرات: ۴۹- الآیه ۶.

الشاهـدین إذا کانـا مسـلمین، و أنهمـا لاـ یردان إلاـ إذا کانـا فاسـقین و لاـ یحمـل إطلاـق الثانیه علی الأولی لعـدم حجیه مفهوم الوصـف، أو لأـن به روایه أو روایـات(۱)و لکـن قـد عرفت فی البحث المزبـور أن الروایه به و إن تعـددت شـاذه مـوافقه للعـامه معارضه لما هو أقوی منها من وجوه أو مأوله، بل قـد ذکرنا ظهورها- بعد حمل المطلق فیها علی المقید- فی خلافه، أو للإجماع المحکی فی الخلاف المتبین خلافه حتی من حاکیه فی المحکی من خلافه و مبسوطه.

کمـا أنه لاـ یخفی علیک ما فی الکلام المزبور، ضـروره معلومیه زیاده وصف العـداله علی الإسـلام، بل و الایمان، و ظهور الآیه الأولی فی الحکم الوضـعی الـذی هو اعتبار العداله فی القبول، و حینئذ فحمل المطلق علیه لا یحتاج إلی مفهوم الوصف کما قرر فی محله، و حینئذ فعدم وجوب التبین فی شهاده غیر

الفاسق لا یقتضـی تحقق العداله فی مجهول الحال التی هی شـرط القبول إجماعا بقسمیه و نصوصا یقید بهما إطلاق مفهوم الآیه لو قلنا بشموله لمحل النزاع.

و بالجمله فقد استقصـینا الکلام فی جمیع أطراف المسأله فی ذلک المبحث، و بینا ضـعف القول المزبور، بل لم نتحقق القائل به لظهور من وقفنا علی کلام من یحکی عنه فی أصاله العداله فی المسـلم الذی لم یظهر منه فسق، لا أن الإسلام عداله، مع معلومیه فساد الأصل المزبور و إن اشـتهر فی کلام الأصـحاب أن الأصل فی المسلم أن لا یخل بواجب و لا یفعل محرما، إلا أن ذلک لا یقتضـی تحقق وصف العـداله به، بل المراد منه حکم تعبدی فی نفسه لا فیما یترتب علی ذلک لو کان واقعا کما حققناه فی غیر المقام.

۱- ۱ تقدمت الروایات فی ج ۱۳ ص ۲۸۱- ۲۸۳.

كضعف القول بأنها ملكه نفسانيه فى جميع الكبائر- التى منها الإصرار على الصغائر- و فيما لا ينافى المروه، و أن التحقيق الذى تجتمع عليه الروايات(۱)و عليه عمل العلماء فى جميع الأعصار و الأمصار حسن الظاهر بمعنى الخلطه المطلعه على أن ما يظهر منه حسن من دون معرفه باطنه، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف لو حكم الحاكم بالظاهر من العداله على وجه يجوز الحكم به سواء كان بخلطه مطلعه أو بينه ثم تبين فسوقهما وقت الحكم المتصل زمانه بزمان إقامه شهادتهما نقض حكمه كما لو تبين فسوقهما قبل الإقامه، لتبين عدم شرط صحه الحكم فى الواقع و إن جاز الاقدام بذلك الظاهر.

اللهم إلا أن يدعى أن الشرط علمى نحو العداله فى إمام الجماعه، لإطلاق ما دل(۲)على نفوذ الحكم و عدم جواز رده إذا كان على نحو قضائهم (عليهم السلام) و على حسب الموازين التى نصبوها لذلك، و لا دليل على اشتراط أزيد من ذلك حتى قوله تعالى(۳)«وَ أَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ» المراد منه ذوى عدل عندكم، لا أقل من الشك فيبقى ما دل على نفوذ الحكم بحاله.

لكن اتفاق كلمه الأصحاب ظاهراعلى النقض مع أصاله الواقعيه فى الشرائط، و لو كانت مستفاده من نحو «وَ أَشْهِدُوا» الآيه(۴)يرفع ذلك كله، مضافا إلى إمكان الفرق بين ما هنا و بين الجماعه بأن المدار هناك

۱- ۱ تقدمت هذه الروايات فى ج ۱۳ ص ۲۹۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۲.

۴- ۴ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۸۲.

على الصلاه خلف من تثق بعدالته نصا(۱)و فتوى، و ظهور الفسق فيما بعد لا ينافى الوثوق بخلاف المقام المعتبر فيه كونه عدلا. نعم لو كان الفسق طارئا بعد الحكم أو غير معلوم الحال لم ينتقض، بل لعله كذلك لو كان بعد الإقامه قبل الحكم، كما ستسمع تحقيقه إنشاء الله فى كتاب الشهادات.

و على كل حال فالظاهر أن المراد نقض الحاكم حكمه فيما لو اتفق له تبين فسقهما، لا أن المراد جواز تجديد الدعوى للمحكوم عليه حكما ثابتا لو عثر بعد الحكم على من يجرحهما، ضروره منافاه ذلك لكونه حكما و فصلا، بل و لقولهم فيما يأتى من الأنظار ثلاثه أيام لو ادعى وجود الجارح، بل و لغير ذلك، و هل البينه تبين فسق؟ ظاهر بعض العبارات ذلك و وجهه واضح.

و لو ادعى المحكوم عليه إمكان حصول العلم للحاكم بفسقهما بإقامه شياع يقتضى ذلك أو نحوه ففى وجوب سماع الحاكم ذلك منه وجه، و لكن الأقوى خلافه للأصل و غيره، فتأمل جيدا فإن المسأله غير محرره.

و لا يجوز التعويل فى الشهاده بالعداله بناء على أنها الملكه على حسن الظاهر الذى لم يعلم حصولها منه، بل لا بد من الصحبه المتأكده التى يطلع بها على حسن الباطن، مثل الشهاده على الإعسار و نحوه مما جرت العاده فيه على اختلاف الباطن و الظاهر، فان المال قد يخفيه صاحبه كالفسق، فلا بد فى الشهاده عليهما من العلم بموافقه الباطن للظاهر.

و لكن قد يناقش بأن حسن الظاهر طريق شرعى للحكم بحصولها عملا بالنصوص(۲)التى استدل بها القائلون بأنها حسن الظاهر، أو لأن الملكات طنما تعرف بآثارها كالشجاعه و الكرم و نحوهما و العداله بناء على أنها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب صلاه الجماعه- الحديث ۲ من كتاب الصلاه.

۲- ۲ راجع الروايات المتقدمه فى ج ۱۳ ص ۲۹۱.

ملکه منها، و النصوص المتضمنه حسن الظاهر من ذلک.

بل قد یقال: إن البحث فی أنها حسن الظاهر أو ملکه بحث علمی مرجعه إلی أن العداله شرعا هی ملکه یصدر عنها حسن الظاهر أو أنهـا عباره عنه، و إلا فالجمیع متفقون علی تحققها بـذلک بناء علی کون مراد القائلین بحسن الظاهر هو أن جمیع ما یظهر منه حسن بعـد الخلطه و الصـحبه المتأکـده فی سره و علانیته، لا أن المراد به حسن ظاهر بعض أفعاله و أحواله التی لا یستفاد منها الحسن فی جمیع ما یظهر منه، فان کثیرا من المدلین کذلک، بل غالب الناس التستر فی الفسق عن عامه الناس أو خواصهم، کما عساه یومئ إلیه الخبر(۱)المروی عن تفسیر العسکری عن علی بن الحسین (علیهما السلام) و احتجاج الطبرسی عن الرضا (علیه السلام) الذی قد ذکرناه فی بحث الجماعه من الکتاب(۲)بل و خبر ابن أبی یعفور(۳)المتقدم فیه أیضا.

و حینئـذ یتحد القولان و یکون البحث علمیا، و یؤیده استبعاد طرح القائلین بالملکه جمیع هذه النصوص علی کثرتها، فلا مناص حینئـذ عن حملهـا علی ذلک و إن کان الانصاف ظهورها فی عـدم التعمق فی حصول حسن الظاهر الـذی له أفراد متعـدده، و لا ریب فی عدم اعتبار أعلاها بمقتضی أکثر النصوص المزبوره، فلاحظ و تأمل.

و ینبغی أن یکون السؤال عن التزکیه سـرا فـإنه أبعـد من تطرق التهمه للمزکی بـأنه زکی حیـاء أو وفاء أو رجاء أو خوفا کما هو المشاهد فی جمله من الناس.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صلاه الجماعه- الحدیث ۱۴ من کتاب الصلاه.

۲- ۲ راجع ج ۱۳ ص ۳۰۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۱- من کتاب الشهادات- الحدیث ۱.

و تثبت العداله بالشهاده بها مطلقه و لكن تفتقر إلى المعرفه الباطنه المتقادمه المفيده للعلم أو الظن بحصول الملكه، و أن ما يصدر من ذلك من آثارها أو بحسن الظاهر، بمعنى أنه لا يظهر منه سرا و علانيه إلا الحسن.

و لا يثبت الجرح إلا مفسرا كما عن المشهور فيه و فى الأول، لعدم العسر بذكره، و لأنه ربما لا يكون جرحا عند الحاكم المشهود عنده، بخلاف تفصيل العداله المحتاج إلى ذكر جميع الكبائر و غيره مما يتعذر أو يتعسر إحصاؤه.

و ربما أشكل ذلك بأن الاختلاف فى أسباب الفسق يقتضى الاختلاف فى أسباب العداله، فإن الاختلاف مثلا فى عدد الكبائر كما يوجب فى بعضها ترتب الفسق على فعله يوجب فى بعض آخر عدم قدحه فى العداله بدون الإصرار عليه، فيزكيه المزكى مع علمه بفعل ما لا يقدح عنده فيها، و هو قادح عند الحاكم، و من ثم قيل بوجوب التفسير فيهما كما عن ابن الجنيد.

و لعل الأقوى الاكتفاء بالإطلاق فيهما كما عن بعضهم، بل لعله يرجع إليه ما حكاه المصنف عن الخلاف بقوله و فى الخلاف كما فى نسخه، و فى قول فى أخرى و هى الأصح يثبت مطلقا أى فى الجرح بناء على موافقته المشهور فى العداله، لكن لا لأن كلا من المعدل و الجارح لا بد أن يكون فى نظر الحاكم عالما بسببهما و إلا لم يصلح لهما، و مع العلم لا معنى للسؤال، إذ هذا مع كونه ممنوعا قد قيل لا يتم إلا مع علم الحاكم بموافقه مذهب المزكى لمذهبه فى أسباب الجرح و التعديل، بأن يكون مقلدا له أو موافقا له و لأنهما إنما يجزمان إذا علما بما عند الحاكم من أسباب العداله و الفسق أو بالعداله أو الفسق عند الكل، لوضوح منعه أيضا، بل لما هو المعلوم من طريقه الشرع من حمل عباره الشاهد

على الواقع و إن اختلف الاجتهاد فى تشخيصه.

و من هنا لا- يجب سؤاله عن سبب التملك مع الشهاده به و كذا التطهير و التنجيس و غيرها و إن كانت هى أيضا مختلفه فى الاجتهاد، بل يحمل قول الشاهد على الواقع كما يحمل فعله على الصحيح فى نفس الأمر لا فى حق الفاعل خاصه، و ما العداله و الفسق إلا من هذا القبيل، اللهم إلا أن يقال: إن الاختلاف فيهما فى معناهما، بخلاف الملك و التطهير و التنجيس و نحوها، فإنه اختلاف فى أسبابها، لكنه كما ترى.

و من ذلك يعلم ضعف القول بالتفصيل فيهما فضلا عن العكس بمعنى وجوب التفصيل فى العداله، و عن القول بأن المزكى و الجارح إن كانا عالمين بأسبابهما كفى إطلاقهما و إلا وجب ذكر السبب فيهما، و التحقيق ما عرفت.

نعم لا بد فى التزكيه من إبرازها بعنوان الشهاده و لو بدلاله قرائن الأحوال، و لا يجب لفظ «أشهد» و إن أوهمته عباره الفاضل فى القواعد، إلا أن الظاهر إرادته ما ذكرنا فى مقابل ذكرها بعنوان الاخبار لا الشهاده.

كما أنه لا بد فيها من تشخيص المزكى على وجه يرتفع الاشتراك المقتضى للإجمال، بل فى القواعد لا بد فيها أيضا من ضم «مقبول الشهاده» إلى قوله: «عدل» إذ رب عدل لا تقبل شهادته، لغلبه الغفله عليه، بل عن المختصر الأحمدى «لا بد أن يقول: عدل مقبول الشهاده على ولى، لأن الوصف بالعداله و الصدق و قبول الشهاده إنما يقتضى ثبوت الصفه فى الجمله، فربما تثبت فى شى ء دون شى ء» و عن التحرير «يجب على المزكى أن يقول: أشهد أنه عدل مقبول الشهاده أو هو عدل لى و على، بمعنى الاكتفاء بأحدهما، لأنه لا تتعلق الصلتان بالعدل إلا بتضمين معنى الشهاده، فيتحد حينئذ مؤداهما و يكفى أحدهما» و نسبه فى المسالك إلى أكثر المتأخرين.

و فيه أن العداله وصف خاص متحد فى جميع ما اعتبرت فيه،

فلا تبعیض حینئذ فیها، و علی تقدیره فقوله: «علی ولی» لا یقتضی العداله المطلقه، کقول القائل: «فلان صادق علی ولی» الذی لا یقتضی صدقه فی کل شی ء، علی أن الوصف بمقبول الشهاده یغنی عن ذکر العداله، لأنه أخص. و من هنا قال فی المسالک: «الأقوی الاجتزاء به و إن کان إضافه العداله معه آکد».

و ربما علل بعضهم إضافه «لی و علی» بأن الغرض منه أن یبین أنه لیس بولد بناء علی أن شهاده الولد علی والده غیر مقبوله، و ضعفه فی المسالک بأنه «قد اعتبره من علم أنه لیس ولده، و مع تسلیم عدم قبول شهاده الولد علی والده لا یدل قوله: «عدل علی ولی» علی أنه لیس بولد، لأن العدل عدل علی أبیه و له، إلا أنه لا تقبل شهادته علیه بمعنی أنه خارج(۱)و بتقدیر أن یراد به نفی النبوه، فالمعتبر أن لا یکون هناک ذلک الوصف، أما أن یتعرض إلی نفیه لفظا فلا، کما أن الشاهد علی غیره ینبغی أن لا یکون کذلک، و لا یجب أن یقول لست بابن، و بتقدیر أن یکون الغرض بیان أنه لیس بابن، فهذا الغرض یحصل بقوله: علی».

قلت: قد یقوی فی النظر عدم اعتبار أزید من الشهاده بأنه عدل، لإطلاق ما دل علی وجوب الحکم بشهادتهما و أنها سبب فی ذلک و مقتض له علی نحو باقی الأسباب الشرعیه التی یترتب علیها مقتضاها ما لم یتحقق المانع الذی یکفی فی نفیه أصل العدم أو ظاهر الدلیل المزبور و نحو ذلک، و حینئذ فلا یحتاج الحکم بشهادتهما إلی شهاده کونهما مقبولی الشهاده، بمعنی أنهما مجردان من موانع

القبول کالولدیه و الخصومه و جر النفع و المغفلیه و نحو ذلک، ضروره کونها أجمع جاریه مجری الموانع، فإذا ادعی الخصم أحدها طولب بإثباته نحو دعوی الجرح، و مع العجز عنه حکم الحاکم بشهاده

۱- ۱ و فی المسالک« لا تقبل شهادته علیه بأمر خارج».

العـدلين التى قد عرفت ظهور قوله تعالى(۱)«وَ أَشْـهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ» و غيره فى كونه سـببا لذلک، بل ظاهر الأدله جريانها مجرى الأسـباب و المقتضـيات و جريـان تلـک مجرى الموانع كمـا أومأنـا إليه، لا أنها من العام و الخاص حتى يأتى الإشـكال فى الفرد المشكوک منها.

كل ذلک مضافا إلى عـدم وضوح دلاله قول المزكى: «على ولى» فى نفى كون الشاهـد ولـدا للمدعى عليه، كعدم وضوح اعتبار ما يعتبر فى قبول الشاهـد فى المزكى من عـدم الولـديه للمـدعى عليه، بناء على عدم قبول شـهادته على أبيه و عدم العداوه بينه و بينه أيضـا، باعتبـار عـدم عموم فى دليل المنع لمثل ذلک، بل لعل المنساق منه الشـهاده بالحق نفسه لا التزكيه، نعم لعله كـذلک بالنسبه إلى جر النفع، كما إذا كان شريكا للمدعى فى المال المدعى به، فإنه لا تقبل تزكيته للشاهد كالمدعى نفسه.

و ما فى القواعـد- من أنه يعتبر فى المزكى صـفات الشاهـد- يراد به نحو العداله و التعدد و نحو ذلک، لا ما يشـمل الفرض، فما عساه يوهمه بعض العبارات من اعتبار نحو ذلک على الوجه الذى ذكرناه لا يخلو من نظر أو منع، نحو ما قيل من احتمال وجوب تعيين الخصمين حين الاستزكاء.

بل فى المسالک «يشترط فى المزكى أن يعرف نسب الشاهـد و المتداعيين، لجواز أن يكون بينه و بين المدعى شـركه، أو بينه و بين المدعى عليه عداوه» إذ ذلک كله كما ترى، و كذا غير ذلک مما هو مذكور فى كلماتهم، فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف لا يحتاج الجرح إلى تقادم المعرفه بخلاف العـداله و لو قلنا بأنها حسن الظاهر، ضـروره أنه يكفى العلم بموجب الجرح من زنا أو لواط أو نحو ذلک مما يحصل بالمعاينه

۱- ۱ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۶.

و نحوها من غير تقادم معرفه، كما هو واضح.

و لو اختلف الشهود بالجرح و التعديل قدم الجرح، لأن الشهاده ب ه غالبا تكون شهاده بما يخفى عن الآخرين المعدلين الذين مبنى شهادتهما غالبا بعد الخلطه و الممارسه على أصل عدم وقوع المعصيه منه و ظن ذلك بسبب حصول الملكه عنده و لو ملكه حسن الظاهر، و هما معا غير معارضين لشهاده العدلين بوقوع ذلك منه.

و حينئذ فمع الإطلاق بالعداله و الفسق يقوى الظن ببينه الجرح، لمكان الغلبه المزبوره فضلا عن صوره التصريح فيهما على وجه يمكن صدقهما معا، بأن قال المعدل: «خالطته و مارسته فوجدته ذا ملكه، و لا أعلم صدور كبيره منه بعد ذلك» و قال الجارح: «قد وقعت منه يوم كذا مثلا» فان بينه الجرح لا معارض لها حينئذ، بل لو كانت بينه العداله كذلك أيضا بأن قالت: «نعم وقعت منه المعصيه يوم كذا، و لكن تاب و ندم، و مارسته و خالطته بعد ذلك فوجدته ذا ملكه بعدها، و لم يصدر منه ما ينافيها» قدمت هى، لعدم المعارض. و بالجمله كل بينه منهما شهدت بما خفى عن الآخرين كانت هى المقدمه، لعدم المعارض لها.

إنما الكلام فى صوره الإطلاق، كأن قالت إحداهما: «هو عدل» و الأخرى: «هو فاسق» و فى صوره التصريح بالتضاد، بأن شهد المعدل بأنه كان فى ذلك الوقت الذى شهد الجارح بفعل المعصيه فيه فى غير ذلك المكان الذى عينه للمعصيه أو مشتغلا بفعل يضاده الجارح إما طاعه أو مباحا أو نائما و نحو ذلك و هى التى أشار إليها المصنف بقوله و لو تعارضت البينتان فى الجرح و التعديل قال فى الخلاف: وقف الحاكم لعدم المرجح و لو قيل: يعمل على الجرح كان حسنا لاعتضاد بينته بأصاله عدم حصول سبب الحكم، فيبقى المنكر مثلا حينئذ على حجته

بلا معارض، ضروره عدم الفرق فی العمل بین الجرح الثابت و بین عدم ثبوت العداله.

و فی بعض نسخ المتن: «و لو اختلف الشهود فی الجرح و التعدیل قال فی الخلاف توقف الحاکم و لو قیل یعمل علی الجرح کان حسنا» و هو الذی شرحها فی المسالک، و لذا قال فیها بعد أن حکی عن الشیخ ذلک:

«و هو یتم مع عدم إمکان الجمع، کما لو تکاذبا، أما مع الإطلاق فلا وجه للتوقف، لعدم التعارض».

و فیه أن التعارض فی صوره إطلاق العداله و الفسق متحقق، إذ کما یحتمل اطلاع الجارح علی ما خفی علی المعدل یمکن اطلاع المعدل و لو بتجدد التوبه علی ما خفی علی الجارح، نعم قد یقوی الظن بالأول للغلبه المزبوره، و مع فرض عدم اعتبارها فالعمل علی بینه الجرح، لکن علی الوجه الذی سمعته لا علی جهه الحکم بفسقه تقدیما لبینته، ضروره عدم المرجح لها غیر ما عرفت، فمع فرض عدم اعتباره فلیس حینئذ إلا الوقف عن الحکم بمقتضاهما، و هو عین العمل بالوجه الذی ذکرناه، بل لعل الشیخ لا ینکره و إن عبر بالوقف إلا أن المراد ما ذکرناه.

أو یقال: إن المراد الوقف عن الحکم أصلا حتی بیمین المنکر الذی لم یعلم حجیته فی هذا الحال، باعتبار وجود بینه المدعی و إن کان لا عمل علیها باعتبار معارضتها ببینه الجرح، و حینئذ فیکون میزان الحکم مجهولا لانسیاق الأدله فی غیر الفرض فیرجع إلی الصلح أو غیره، فتأمل.

و قد یقال أیضا: إن هذا کله مع فرض عدم أمر سابق یمکن استصحابه من عداله أو فسق و إلا حکم به.

و احتمل فی کشف اللثام تقدیم التعدیل علی الجرح للأصل مع الخلو عن ظهور المعارض، و هو جید فیما یرجع إلی ما ذکرناه لا مطلقا.

و بذلک بان لک الحال فی جمیع صور المسأله کما بان لک التشویش فی جمله من کلام الأصحاب، و الله العالم.

[المسأله التاسعه لا بأس بتفریق الشهود]

المسأله التاسعه:

لا بأس بتفریق الشهود و استقصاء سؤال کل واحد منهم من دون علم الآخر عن مشخصات القضیه بالزمان و المکان و غیرهما، لیستدل علی صدقهم باتفاق کلمتهم و عدمه باختلافهم، للأصل و زیاده التثبت.

بل الظاهر أنه یستحب ذلک فی من لا قوه عقل عنده بحیث یخشی من غلطه أو تدلیس الأمر علیه و کذا غیر ذلک مما تحصل منه الریبه فی الشهاده، کما فعله دانیال (ع) فی شهود علی امرأه بالزنا فعرف منه کذبهم(۱)و کذا داود (ع)(۲)لقوله تعالی(۳):

«فَبِهُداهُمُ اقْتَدِهْ» و إن قلنا بنسخ شرائعهم بشریعتنا، إذ هو لا ینافی الأمر فیها ببعض ما کان عندهم، إذ المسلم منعه التعبد بشرعهم من حیث إنه مشروع عندهم لا مطلقا.

علی أن المروی(۴)عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) نحو ذلک أیضا فی سبعه خرجوا فی سفر ففقد واحد منهم فجاءت امرأته إلی علی (علیه السلام) و ذکرت ذلک له، فاستدعاهم و سألهم فأنکروا، ففرقهم

۱- ۱ الکافی ۷ ص ۴۲۶- ۴۲۷.

۲- ۲ الکافی ج ۷ ص ۳۷۲.

۳- ۳ سوره الأنعام: ۶- الآیه ۹۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱ و فیه « ان شابا قال لأمیر المؤمنین علیه السلام: إن هؤلاء النفر خرجوا بأبی معهم فی السفر فرجعوا و لم یرجع أبی.».

و أقام كل واحد منهم إلى ساريه، و وكل به من يحفظه، ثم استدعى واحدا منهم و سأله فأنكر، فقال (عليه السلام): الله أكبر، فسمعه الباقون، فظنوا أنه قد اعترف، فاستدعى واحدا بعد واحد فاعترفوا بقتله، فقتلهم على (عليه السلام).

بل منه يستفاد عدم اختصاص التفريق بالشهود، و أن للحاكم التوصل إلى معرفه الحق بما يراه فى ذلك الوقت مما لا ينافى الشرع.

نعم قد يقال: باختصاص جواز التفريق قبل ثبوت العداله و طلب المدعى الحكم و إلا أشكل الجواز بظهور النصوص فى وجوب الحكم حينئذ، و لذا قال فى المسالك: «و محل التفريق قبل الاستزكاء إن احتيج إليه» بل ظاهره حتى مع الريبه، لعدم ثبوت مانعيتها عن الوزن بالميزان الشرعى الموضوع للوزن به بين الناس.

اللهم إلا أن يستفاد من تلك الأدله عدم الوجوب مع الريبه و إن طلب الخصم حتى ييأس مما يزيلها من نحو ذلك، و حينئذ يحكم معها لإطلاق الأدله، بل ربما توقف بعضهم من الحكم معها تنزيلا للإطلاق المزبور على غير الفرض، لكنه كما ترى.

و مما ذكرنا يعلم ما فى إطلاق المصنف جواز التفريق الذى يمكن تنزيله على إراده جوازه من حيث كونه كذلك لا مع حصول سبب وجوب الحكم، أو على إراده جوازه فى أصل سماع شهادتهم لأنه أحد الأفراد، و فيه زياده استظهار، و الله العالم.

[المسأله العاشره لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهده لفعل ما يقدح فى العداله]

المسأله العاشره لا يشهد الشاهدان بالجرح إلا مع المشاهده لفعل ما يقدح فى العداله أو أن يشيع ذلك فى الناس شياعا موجبا للعلم للتواتر أو غيره مما يحصل به القطع، بخلاف العداله التى يكفى فيها غلبه الظن بسبب الخلطه و الممارسه المقتضيه لذلك، لأنها الطريق إلى أمثالها أو لظهور النصوص(۱)فى الاكتفاء بنحو ذلك، و إلا لم يكن التعديل إلا للمعصوم (عليه السلام) كما أومى إليه فى بعض النصوص(۲).

و حينئذ ف لا يعول على سماع ذلك أى الجرح من الواحد و العشره من حيث كونهم كذلك لعدم اليقين بخبرهم أما لو حصل و لو لشده عدالتهم و ضبطهم و تحرزهم فلا ريب فى الاكتفاء به لأنه المدار.

نعم فى المسالک «إن لم يبلغ المخبرون حد العلم لكنه استفاض و انتشر حتى قارب العلم ففى جواز الجرح به وجهان، من أنه ظن فى الجمله و قد نهى الله عن أتباعه إلا ما استثنى، و من أن ذلک ربما كان أقوى من البينه المدعيه للمعاينه، كما مر فى نظائره».

و فيه ما لا يخفى بعد فرض عدم حصول مرتبه العلم، و عدم الدليل على الاكتفاء بمثله، و حرمه القياس على البينه التى مبناها التعبد، و من هنا كان ظاهر المصنف و غيره اشتراط العلم.

و على كل حال فليس له الشهاده بالجرح بخبر الواحد و ما فوقه إذا لم يبلغ ذلک الحد إجماعا كما فى المسالک قال: «نعم له أن يشهد على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۱- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۳.

شهادتهم بشرط الشهاده على الشهاده».

قلت: قد يتوهم أنه لولا الإجماع المزبور لأمكن القول بالاكتفاء فی الشهاده به و بغيره بالبينه عنده، بناء على عموم حجيتها شرعا لكل أحد، ضروره كونها حينئذ طريقا شرعيا كالشهاده بمقتضى الاستصحاب و اليد و نحوها مما جعله الشارع أماره على ذلك، و كذا حكم الحاكم بالعداله أو الفسق، فان له ذلك كما صرح به فی القواعد، بل الظاهر اكتفاء الحاكم الآخر باخبار الأول من دون شهاده آخر.

لكن يدفعه اعتبار العلم فی الشاهد على وجه لا يقوم مقامه الحجه شرعا، بل لو أبرز ذلك على وجه الشهاده كان مدلسا، بخلافه فی نحو الملك باليد الداله عليه باعتبار أن الشهاده به شرعا و عرفا بنحو ذلك، و كذا الكلام فی حكم الحاكم بل هو أولى، لأنه إلزام بحكم الموضوع لا أنه من طرق ثبوته.

و الموجود هنا فی القواعد أنه «له- أی الحاكم- أن يحكم بالعداله و الجرح بشهاده عدلين إن نصب حاكما فی التعديل» و فی الكشف «و الجرح، و لا يشترط المعاينه أو الشياع الموجب للعلم، و يشترط فی القاضی، فإذا أخبر حاكما آخر بعدالته أو فسقه اكتفى به، و لم يشترط شهاده آخر» و هو غير ما نحن فيه، و إن كان ما فی المتن و الشرح لا يخلو من بحث من وجوه.

كما أن ما فی القواعد أيضا من أنه «لو أقام المدعى عليه بينه أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما» كذلك أيضا و إن قال فی كشف اللثام: «فهما شاهدا فرع على الحاكم».

ثم إن المراد بمشاهده فعل ما يقدح فی العداله حصول العلم بكونه

على الوجه المحرم و إلا- لم يشهد به، ضروره أعميه شرب الخمر مثلا- من ذلك، و دعوى أن للأفعال ظهورا يجب الأخذ به كالأقوال واضحه المنع، فان الفعل من حيث هو كذلك لا- ظهور فيه، و إنما يحصل معه بعض المقارنات المقتضيه لكونه كذلك، فهى إن أفادت العلم جرى عليه الحكم، و إلا- كان من الظن الذى لا دليل على حجيته بل الدليل على خلافه، نعم لا عبره بالاحتمال الذى لا يعتد به و لا ينافى القطع فى العاده، كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الحاديه عشره لو ثبت عداله الشاهد حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها]

المسأله الحاديه عشره:

لو ثبت عداله الشاهد مثلا حكم باستمرار عدالته حتى يتبين ما ينافيها لقاعده اليقين و قيل و إن كنا لم نتحقق القائل بذلك منا إن مضت مده يمكن تغير حال الشاهد فيها استأنف البحث عنه نعم هو محكى عن بعض العامه لبعض الاعتبارات و لكن لا حد لذلك، بل بحسب ما يراه الحاكم و عن المبسوط عن بعضهم تحديده بسته أشهر، و لا يخفى عليك ضعف الجميع.

[المسأله الثانيه عشره ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه]

المسأله الثانيه عشره:

ينبغى أن يجمع قضايا كل أسبوع و وثائقه و حججه التى للغير عنده و يكتب عليها قضاء أسبوع كذا من شهر كذا من سنه كذا و محضر فلان و سجل فلان و وثيقه فلان، بل ينبغى جمع قضاء كل يوم، و يكتب عليه: قضاء يوم كذا من أسبوع كذا.

و على كل حال فإذا اجتمع ما لشهر كتب عليه: قضاء شهر كذا، فإذا اجتمع ما لسنه جمعه و كتب عليه: قضاء سنه كذا كل ذلك لتسهيل إخراج المطلوب منه له و لمن بعده من الحكام من ديوان الحكم، و كان ينبغى ذكر ذلك فى الآداب، خصوصا مع عدم دليل له سوى ما عرفته فيها و سوى ما فى

خبر عقبه بن خالد(۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) المشتمل على قضيه مع غيلان بن جامع و فيه «قلت:

و كيف تقضى يا غيلان؟ قال: أكتب هذا ما قضى به فلان بن فلان لفلان بن فلان يوم كذا من شهر كذا من سنه كذا ثم أطرحه فى الدواوين، قال: قلت: هذا الحتم من القضاء»

[المسأله الثالثه عشره كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر]

المسأله الثالثه عشره:

كل موضع وجب على الحاكم كتابه المحضر ف لا يجب عليه مقدماته لكن إن حمل له من بيت المال ما يصرفه فى ذلك لأنه من أهم مصالح السياسه وجب عليه الكتابه؛ و كذا إن أحضر الملتمس ذلك من خاصته و إلا ف لا يجب على الحاكم دفع القرطاس و المداد و القلم و نحو ذلك من خاصته لعدم ثبوت الوجوب المطلق المقتضى لذلك، بل لا دليل على الوجوب مع البذل أيضا و إن نسبه فى المسالك إلى الأشهر تاره و إلى المعروف بين الأصحاب أخرى، معللا له بأن ذلك حجه فكان عليه إقامتها كالحكم، و كما لو أقر له بالحق و سأله الإشهاد على إقراره إلا أنه كما ترى، ضروره أن الحجه حكمه و الاشهاد عليه لا كتابه الحكم، بل و كذا كتابه الاشهاد على الإقرار.

۱- ۱ الكافى ج ۷ ص ۴۲۹.

و قوله تعالی(۱)«وَ لا يَأْبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ» مع أنه فی غیر ما نحن فیه محمول علی ضرب من الکراهه، للقطع بعدم وجوب ذلک، نعم هو راجح من حیث کونه قضاء حاجه و ضبطا للحق و إقامه للمعروف.

بل ینبغی أن یکتب نسختین: إحداهما تکون فی ید الملتمس و الأخری تبقی فی دیوان الحکم لتنوب عن الأخری علی تقدیر تلفها، و لیؤمن من تغییرها، بل فی المسالک وجوب کتابه النسختین علی تقدیر القول بوجوب أصل الکتابه، و لکن قد عرفت ما فی الأصل فضلا عن الفرع، اللهم إلا أن یکون منصوبا من قبل الامام

(علیه السلام) لذلک علی وجه یرتزق من بیت المال، فان الوجوب علیه متجه حینئذ، و الله العالم.

[المسأله الرابعه عشره یکره للحاکم أن یعنت الشهود]

المسأله الرابعه عشره:

یکره للحاکم أن یعنت الشهود إذا کانوا من ذوی البصائر و الأذهان القویه(۲)مثل أن یفرق بینهم و یکلفهم ما یثقل علیهم من المبالغه فی مشخصات القضیه التی شهدوا بها، و وعظهم و تحذیرهم عقاب شهاده الزور لأن فی ذلک نوع غضاضه لهم و امتهان و إن کان لا یصل إلی حد الحرمه.

نعم یستحب ذلک فی موضع الریبه و لو لضعف بصیره الشاهد و ذهنه للاستظهار، کما عرفته سابقا.

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۲۸۲.

۲- ۲ و فی الشرائع الموجود عندی« الأدیان القویه».

[المسأله الخامسه عشره لا یجوز للحاکم أن یتعتع الشاهد و هو أن یداخله فی أثناء التلفظ بالشهاده]

المسأله الخامسه عشره لا یجوز للحاکم بلا خلاف أجده فیه أن یتعتع الشاهد و هو أن یداخله فی أثناء التلفظ بالشهاده بکلام یجعله ذریعه إلی أن ینطق به و یعدل عما کان یریده هدایه له إلی شی ء ینفع أو إیقاعا له فیما یضر أو یعقبه بکلام لیجعله تتمه شهادته، و لیستدرجه إلیه بحیث تصیر به الشهاده مسموعه أو مردوده.

بل یجب علیه أن یکف عنه حتی ینتهی ما عنده و یحکم بمقتضاه حینئذ و إن کان یتردد و یتلعثم فی شهادته لهیبه الحاکم و مجلس الحکومه أو غیرهما، بل فی المسالک حرمه ذلک علیه سواء کان الشاهد یأتی بما داخله به و تعقبه لولاه أم لا، و هو کذلک بناء علی اعتبار القصد المزبور بالتعتعه، بل لا فرق بین الحاکم و غیره عدا الخصم فیه، لما فیه من تضییع الحق و ترویج الباطل و نحوهما مما هو معلوم الحرمه لغیر الحاکم فضلا عنه، أما إذا لم یکن کذلک بل کان من الإعانه علی إبراز مقصده و نحو ذلک فیشکل حرمته، للأصل و غیره.

و کیف کان ف لو تردد الشاهد فی الشهاده (۱۱) لأمر قد عرض له لم یجز ترغیبه فی الاقدام علی الإقامه و (۱۲) إغراؤه بذلک، کما لا (۱۳) یجوز له تزهیده فی إقامتها (۱۴) و تردیده بها بعد فرض جزمه بالمشهود به، لما فیه من الأمر بالمنکر و النهی عن المعروف.

و کذا لا یجوز إیقاف عزم الغریم عن الإقرار (۱۵) بالحق لأنه ظلم لغریمه و (۱۶) لکن یجوز ذلک فی حقوق الله، فان الرسول (صلی الله علیه و آله) قال لما عز عند اعترافه بالزنا: لعلک قبلتها، لعلک

لمستها فی الخبر(۱)المشهور و هو تعریض منه بإیثار الاستتار و حمل له علی عدم الإتمام بتکرار الإقرار أربع مرات، کل ذلک من الرأفه بعباده و رحمتهم، و لذا درأ عنهم حدوده بالشبهات(۲).

[المسأله السادسه عشره یکره أن یضیف أحد الخصمین دون صاحبه]

المسأله السادسه عشره:

یکره أن یضیف أحد الخصمین دون صاحبه لما فیه من ترجیحه علی الآخر و تطرق التهمه و المیل، و قد

روی(۳)«أن أمیر المؤمنین (علیه السلام) نزل به ضیف فمکث عنده أیاما ثم تقدم إلیه فی خصومه لم یذکرها له، فقال له: أخصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحول عنا، لأن رسول الله نهی أن یضاف الخصم إلا و معه خصمه»

بل الظاهر مرجوحیه حضور ضیافه الخصم مطلقا، بل و کل ما یقتضی ترجیحه علی خصمه، و الله العالم.

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۸ ص ۲۲۶.

۲- ۲ إشاره الی ما رواه فی الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب مقدمات الحدود- الحدیث من کتاب الحدود.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۲.

[المسأله السابعه عشره الرشوه حرام على آخذها و يأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل]

المسأله السابعه عشره:

الرشوه مثلثه حرام على آخذها إجماعا بقسميه و نصوصا(۱)بل فى المسالك اتفق المسلمون على تحريم الرشوه على القاضى و العامل.

و كذا يأثم الدافع لها إن توصل بها إلى الحكم له بالباطل للإعانه على الإثم و لأن

النبى (صلى الله عليه و آله) لعن الراشى و المرتشى(۲)

نعم لو كان توصل بها إلى حق قد توقف على ذلك لم يأثم هو و اختص الإثم بالآخذ، بل ظاهر المصنف و الفاضل جواز ذلك و إن لم يتوقف، و لعله كذلك إذا لم يعلم الحال مع معروفيه مدخليه الرشوه فى ذلك عند قضاه العامه و عمالهم.

و على كل حال يجب على المرتشى إعاده الرشوه إلى صاحبها لبقائها على ملكه، حتى لو وقعت فى ضمن عقد هبه أو بيع محاباه أو وقف، فإنه بناء على أن نحو ذلك من أفراد الرشاء لا ريب فى فساد العقود المزبوره، نحو ما كان منها إعانه على الإثم، ترجيحا لأدله فسادها على ما يقتضى صحتها، بل النهى فيها عن نفس المعامله، بل لعل ذلك هو مبنى فساد الرشوه التى هى غالبا تكون بعنوان الهبه رشوه.

كما أن منه يتضح الأمر فى الهديه أيضا، ضروره أنه متى كانت أيضا رشوه لحقها حكم الهبه رشوه حرمه و فسادا، أما إذا لم تكن رشوه و لا متوصلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب آداب القاضى و الباب- ۵- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.

۲- ۲ المستدرك الباب- ۸- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۸.

بهـا إلى باطـل أو جزاء عليه فلا ريب فى حليتها، و إطلاق النصوص(۱)أن هدايا العمال غلول و سـحت و نحو ذلك يمكن إراده المدفوعه لهم دفعا للباطل و نحوه منهم منه، و هو شى ء آخر غير الرشوه التى هى محرمه و إن كانت للحكم بالحق

على الأصـح و دليله مـا يسـتفاد من خبر تحف العقول(۲)و غيره مما تقدم فى المكاسـب(۳)كمـا يمكن إراده بيان حرمه استيثار العمال بها، بل مرجعها إلى بيت مال المسلمين، لأنه من توابع عمل المسلمين.

و هو المراد حينئذ من

خبر أبى حميد الساعدى(۴)«اسـتعمل النبى (صـلى الله عليه و آله) رجلا من الأسـد يقال له أبو الليثه على الصـدقه، فلما قدم قال: هـذا لكم و هـذا أهدى لى، فقام النبى (صـلى الله عليه و آله) على المنبر، فقال: ما بال العامل نبعثه على أعمالنا يقول: هذا لكم و هذا أهدى لى، فهلا جلس فى قلب بيت أمه و أبيه ينظر أ يهدى له أم لا، و الذى نفسـى بيده لا يأخذ أحد منها شـيئا إلا جاء يوم القيـامه يحمله على رقبته إن كـان بعيرا له رغـاء أو بقره لها خوار أو شاه تنفر، ثم رفع يـده حتى رأينا عفره إبطه، و قال: اللهم هل بلغت؟ اللهم هل بلغت؟»

و ليس المراد منه حرمه الهـديه فى نفسـها مع أنه هو (صـلى الله عليه و آله) أمر بالتهادى للتحاب و التواد(۵)و لا زال (ص) يقبل الهديه، حتى

قال(۶): «لو أهدى إلى كراع لقبلته».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب آداب القاضـى- الحديث ۶ و الباب- ۵- من أبواب مـا يكتسب به الحـديث ۱۲ من كتاب التجاره و سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۳۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ۱ من كتاب التجاره.

۳- ۳ راجع ج ۲۲ ص ۱۴۵- ۱۴۹.

۴- ۴ سنن البيهقى ج ۴ ص ۱۵۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۸۸- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ۱۳ من كتاب التجاره.

فالتحقیق حینئذ ما عرفت من حرمه الهدیه رشوه کالهبه رشوه و حینئذ یکون الرشاء أعم من کل من هذه العقود من وجه نحو الإعانه علی الإثم، فتأمل جیدا کی تعرف ما فی المسالک و غیرها من حرمه الهدیه للقاضی و العامل ممن لم تکن عادته الهدیه له قبل ذلک أو کانت للقاضی من أحد الخصمین، بل و غیر ذلک من المباحث.

و کیف کان ف لو تلفت أی الرشوه قبل وصولها إلیه ضمنها له

لعموم «علی الید»(۱)

و غیره مما تقدم الکلام فیه و فی جمیع ما یتعلق بالمسأله موضوعا و حکما فی المکاسب(۲)فلاحظ و تدبر لیظهر لک الحال فی کثیر من مباحث المقام حتی الإشکال فی الضمان مع التلف، خصوصا إذا کانت الرشوه من الأعمال التی تبرع بها الراشی و نحوه مما لا ید فیه للمرتشی و لا أمر بالعمل، و حتی فیما ذکره بعض من حرمه ما یقع من المدعی من الأعمال لأجل الحکم و إن لم یدخل ذلک تحت الرشوه فی الاسم و لکن یدخل فی الحکم، ضروره عدم الدلیل علی الحرمه المنافیه للأصل و غیره بعد عدم الاندراج فی اسم الرشوه أو غیره مما هو عنوان للحرمه کالمتوصل به إلی الباطل و نحوه، أما إذا کان وصله إلی الحق فلا بأس به بعد أن لم یکن رشوه کما هو الفرض.

هذا و قد یقال: باختصاص الرشوه فیما بذل للقاضی علی الحکم و لو بحق و للعامل علی الباطل، أما الثانی فللإجماع المحکی فی المسالک، و أما الأول فلظاهر النصوص(۳)و ما فی بعضها من الإطلاق کالنبوی(۴)الذی

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱- من کتاب الغصب- الحدیث ۴ و سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۵.

۲- ۲ راجع ج ۲۲ ص ۱۴۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب آداب القاضی.

۴- ۴ المستدرک- الباب- ۸- من أبواب آداب القاضی الحدیث ۸.

لا ینافیه القید فی آخر غیر جامع لشرائط الحجیه فی الخروج عن أصل البراءه و نحوه، و الله العالم.

[المسأله الثامنه عشره إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحکم أحضره]

المسأله الثامنه عشره:

إذا التمس الخصم إحضار خصمه مجلس الحکم و استعدی الحاکم علیه أعداه و أحضره مع الإمکان إذا کان حاضرا بلا خلاف أجده فیه، بل فی المسالک نسبته إلی علمائنا و أکثر العامه، و کذا عن ظاهر المبسوط الإجماع علیه، لتعلق حق الدعوی به، و لاقتضاء منصبه ذلک سواء حرر المدعی دعواه أم لم یحررها و سواء کان من أهل المروات أم لا، و نحوها و لو کان قاضیا معزولا(۱)و سواء علم الحاکم بینهما معامله أم لا، خلافا لبعض العامه و المحکی عن الإسکافی منا،

فلم یوجبوا إحضار ذوی المروات و الشرف مجلس الحکم، و عن بعض أنه یستدعیه إلی منزله، و لا ریب فی ضعفه، لإطلاق الأدله و غیره و إن کان الأولی التحرز فی إحضار ذوی الشرف و خصوصا القاضی المعزول و نحوه.

ثم الإحضار قد یکون بختم یدفعه إلی المدعی لیعرضه علیه مکتوب فیه «أجب القاضی» و قد یکون بمحضر من الأعوان.

۱- ۱ الموجود فی النسخه الأصلیه ابتداء هکذا« و سواء کان من أهل المروات أم لا» ثم أضیف فی الهامش بعد قوله:« أم لا» قوله:« و نحوها و لو قاضیا معزولا» فصارت العباره مشوشه: و لو کان ما فی الهامش خارجا بعد قوله:« المروات» کان أولی، حیث تکون العباره هکذا« و سواء کان من أهل المروات- و نحوها و لو قاضیا معزولا- أم لا».

و يكون مئونته على الطالب إن لم يرزق من بيت المال، بل إن كان امتناعه عصيانا استعان بأعوان السلطان و عزره بما يراه، بل فى المسالك «فى كون مئونه المحضر- و الحال هذه- على المطلوب لامتناعه أو على المدعى وجهان» و إن كان فيه ما لا يخفى، بل فى أصل وجوب المئونه فيه و فى الأول إذا لم تندرج تحت سبب من الأسباب الشرعيه نظر، إذ لا ـ دليل عليها هنا بالخصوص على وجه يحكم بوجوبها و إن لم تندرج فى معامله الإجاره أو الجعاله أو نحوهما مما يتوقف على التراضى كما هو واضح.

و كذا النظر فيما ذكر هنا أيضا من أنه «إن استخفى بعث من ينادى على بابه أنه إن لم يحضر إلى ثلاث سمرت داره أو ختم عليها، فإن لم يحضر بعد الثلاث و سأل المدعى السمر أو الختم أجابه إليه» إذ لم نجد له دليلا بالخصوص و إنما هو أحد أفراد التعزير التى هى للحاكم.

و فى القواعد «فان لم يحضر بعد الختم بعث الحاكم من ينادى إن لم يحضر أقام عنه وكيلا و حكم عليه، فان لم يحضر فعل ذلك و حكم عليه و إن لم يحكم عليه حال الغيبه ابتداء» و لعله لأن الحاكم ولى الممتنع فيما امتنع منه الذى منه التوكيل هنا، بل مقتضى إطلاقه رد اليمين من الوكيل على المدعى مع عدم البينه، بناء على أن له التوكيل على ذلك، فتأمل جيدا.

و إن كان عدم حضوره لعذر كالمرض و نحوه لم يكلف به، و لكن إذا أمكن الجمع بينه و بين حق المستعدى بتوكيل وكيل عنه و إرسال من يحلفه إن ترتب عليه اليمين أو إرسال من يحكم بينهما فعله، و إلا فلا، بل للمستعدى عليه التوكيل مع الاختيار أيضا، و يلزم المستعدى الرضا بذلك، خلافا لأحمد و أبى حنيفه، فلم يوجبا عليه الرضا بذلك، و إذا أبى إلا حضوره أجبر عليه إن امتنع، هذا كله مع حضور الخصم.

أما لو كان غائبا لم يعده الحاكم حتى يحرر المدعى دعواه بخلاف الأول و الفرق بينهما لزوم المشقه فى الثانى و يمكن أن تكون غير مسموعه، فمشروعيه الإرسال عليه قبل تحريرها مشقه و ضرر و حرج و عدمها فى الأول الذى هو حاضر، إذ لا مشقه عليه بالحضور.

لكن لا يخفى عليك ما فيه، ضروره أنه إن كان مجرد الدعوى حقا و إن لم تحرر لم يكن فرق بين الحاضر و الغائب، و لعله لذ أطلق المصنف فى النافع وجوب أعداء الحاكم للمستعدى بإحضار خصمه، و إلا لا يجوز إحضاره قبل تحرير الدعوى، كما عن بعض المتأخرين احتماله، خصوصا بعد ترتب ما سمعته من التعزير عليه، بل فى الرياض و له وجه، إلاـ أن الإجماع الظاهر و المحكى حتى فى كلامه كفانا مئونه البحث فى ذلك، سيما مع اعتضاده بما ذكر من أن ذلك كان معمولا به فى الزمن السابق إلى الآن من غير إنكار.

لكن الإنصاف أنه لاـ يخفى عليك ما فى دعوى الإجماع فى أمثال هذه المسائل، على أن المحكى عن الفاضل فى المختلف عدم وجوب إحضار الغائب بعد تحرير الدعوى، بل الحاكم يطلب من المدعى إثبات حقه، فإذا ثبت أحضر، فإن حضر و إلا باع ماله و دفعه إلى المدعى، نعم لو لم يتمكن من الإثبات و طلب الخصم إحضاره لتحليفه أو كان معه المال بعث حينئذ فى طلبه، و إليه يرجع ظاهر ما عن الجامع و صريح الإسكافى من أنه لم يجب إحضاره إلا بعد أن يثبت المستعدى حقه عند الحاكم.

إلاـ أن ظاهرهما إحضاره حينئذ من دون ذكر بيع ماله إن لم يحضر، فيتفق الثلاثه حينئذ على اعتبار إثبات الحق فى وجوب الإحضار فى الغائب، و لعله للأصل و غيره بعد عدم الإجماع فيه بخلافه فى الحاضر، اللهم إلا

أن يدعى عدم الفرق بينهما فى اقتضاء المنصب إغاثه المستعدى، و حينئذ يتجه عدم اعتبار التحرير فيه كالحاضر، و الفرق بينهما بالمشقه التى يمكن وجودها فى الحاضر لشرف أو غيره كما يمكن عدمها فى الغائب غير مجد، و حينئذ يتجه إطلاق المصنف فى النافع، فتأمل جيدا فان المقام لا يخلو من تشويش فى الجمله، خصوصا بملاحظه كون موضوع المسأله إحضار الخصم باستعداء خصمه، لا إراده إثبات حقه، فان ذلک مقام آخر، و هو الحكم على الغائب عن مجلس الحكم و إن كان حاضرا فى البلد، و إحضاره لاستيفاء الحق منه غير إحضاره ليتبين أن الحق عليه أم لا.

ثم إن هذا كله إذا كان فى بعض مواضع ولايته و ليس له هناک خليفه يحكم و إلا سمع بينته إن كانت و أرسل إلى خليفته، بل إن كان هناک من يصلح للاستخلاف أذن له فى القضاء بينهما.

و إن كان فى غير ولايته لم يكن له أن يحضره كما فى المسالک و إن كان لا يخلو من تأمل و أثبت الحكم عليه بالحجه و إن كان هو غائبا و باقيا على حجته من جرح أو غيره، لما ستعرف من جواز الحكم على الغائب بشرائطه، و إن رضى المدعى بأن يكتب إلى خليفته أو من يصلح للحكم أو لوال هناک أن يفصل بينهما فعل، و إن سأله إقامه البينه عنده فإذا ثبت كتب بالثبوت إلى أحد هؤلاء من دون حكم فعل، و إن أقام شاهدين لا يعرفهما الحاكم كتب «حضرنى فلان بن فلان فادعى على فلان بن فلان و أشهد فلانا و فلانا» ليكون الحاكم هناک هو الباحث عن عدالتهما إن لم يعرفهما.

و لو ادعى على امرأه فإن كانت برزه أى من عادتها البروز لحوائجها و لو إلى مجالس الرجال فهى كالرجال فى جميع ما ذكرنا بالنسبه إلى الحضور و الغيبه، و إن زادت باشتراط كون الطريق أمنا بالنسبه

إليها و معها من يوثق به من محرم أو نسوه، إلا أن مرجع ذلك كله إلى خلوها عن العذر و لو بالنسبه إليها و عدمه، و مثل ذلك فى الرجل و إن اختلفت الأعذار بالنسبه إليهما.

و إن كانت مخدره لاـ تخرج إلى مجالس الرجال و إن اتفق خروجها لضروره و لو عزاء أو حمام أو زياره أو نحو ذلك لم تكلف الحضور، لكونها معذوره حينئذ، و لكن بعث إليها من يثق به فى الحكم بينها و بين غريمها جمعا بين الحقين أو توكل عنها وكيلا للمخاصمه فإذا احتاج إلى تحليفها أرسل إليها من يحلفها، و لكن فى القواعد «يرسل معه شاهدين على حلفها» و فيه أنه يمكن الاستغناء باخبار الأمين على ذلك.

نعم لو لم يعرفها الأمين أنها المستعدى عليها طلب شاهدين على ذلك أو تبين ذلك بقرائن و حكم بينهما من خلف الستر، فان لم تكن بينه تعرفها من خلفه بسماع كلامها و نحوه التحفت بجلباب و نحوه و خرجت من وراء الستر، بل إن احتيج إلى الإسفار أسفرت.

قال أبو الحسن الأول (عليه السلام) لجعفر بن عيسى بن يقطين(۱): «لا بأس بالشهاده على إقرار المرأه و ليست بمسفره إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إن لا تعرف بعينها و لا حضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها و على إقرارها دون أن تسفر و ينظروا إليها».

و كتب الصفار(۲)إلى الحسن بن على (عليهما السلام) «فى رجل أراد أن يشهد على امرأه ليس لها بمحرم هل يجوز له أن يشهد عليها و هى من وراء الستر و يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنها فلانه بنت فلان التى تشهدك و هذا كلامها أو لا تجوز له الشهاده عليها حتى تبرز

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۳- من كتاب الشهادات- الحديث ۱.

۲- ۲ الفقيه ج ۳ ص ۴۰ الرقم ۱۳۲.

و يتبينها بعينها؟ فوقع (عليه السلام) تتنقب و تظهر للشهود».

و لو استعدى على الشاهدين أنهما شهدا عليه زورا أعداه و أحضرهما، فإن اعترفا و إلا طولب بالبينه على اعترافهما، فان لم يكن توجهت له اليمين على الأقرب، بل عن الإيضاح لو ادعى عليهما بمال و أنهما أتلفاه بشهادتهما الكاذبه و استوفى منه بغير حق توجهت اليمين قطعا.

و لو ادعى أحد الرعيه على القاضى فإن كان هناك إمام يرافعه إليه و إن لم يكن و كان قاض فى غير ولايته يرافعه إلى قاضى تلك البقعه، و إن كان فى ولايته و تعدد القاضى فيها فكذلك، و إلا رافعه إلى خليفته.

و الدعوى على السلطان مع إنكاره باطله عندنا للعصمه و كذا الإنكار لما يدعيه، و قضيه الأعرابى مع النبى (صلى الله عليه و آله) لما رافعه إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) معروفه(۱).

[النظر الثالث فى كيفيه الحكم]

اشاره

النظر الثالث فى كيفيه مجلس الحكم و فيه مقاصد:

[المقصد الأول فى وظائف الحاكم]

اشاره

الأول:

فى وظائف الحاكم، و هى سبع:

[المسأله الأولى التسويه بين الخصمين]

الأولى تجب التسويه بين الخصمين و إن تفاوتا شرفا و ضعه فى السلام عليهما ورده

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

و الجلوس و النظر إليهما و الكلام معهما و الإنصات و العدل فی الحکم و غیر ذلک من أنواع الإکرام کالإذن فی الدخول و طلاقه الوجه، بل فی المسالک لو لم یمکن التسویه بینهما فی جواب السلام ابتداء بأن سلم أحدهما دون الآخر فیصبر هنیئه رجاء أن یسلم الآخر فیجیبهما معا، فان طال الفصل بحیث یخرج عن کونه جوابا للأول فلیرد قبله علی المسلم، و قیل: لا بأس بأن یقول للآخر سلم، فان سلم أجابهما معا، إلی غیر ذلک مما ذکروه فی التسویه.

لقول علی (علیه السلام) لشریح فی

خبر سلمه بن کهیل(۱): «ثم واس بین المسلمین بوجهک و منطقک و مجلسک حتی لا یطمع قریبک فی حیفک، و لا ییأس عدوک من عدلک».

و قول النبی (صلی الله علیه و آله) فی خبر السکونی(۲): «من ابتلی بالقضاء فلیواس بینهم فی الإشاره و النظر و فی المجلس»

و نحوه النبوی(۳) بإبدال «فلیواس». «فلیساو».

و فی آخر(۴)«ثلاث إن حفظتهن و عملت بهن کفتک ما سواهن، و إن ترکتهن لم ینفعک شی ء: إقامه الحدود علی القریب و البعید، و الحکم بکتاب الله فی الرضا و السخط، و القسم بالعدل بین الأحمر و الأسود».

و قد تقدم ما عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) من نهی النبی (صلی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۱ و هو قول أمیر المؤمنین علیه السلام کما فی الکافی ج ۷ ص ۴۱۳ و التهذیب ج ۶ ص ۲۲۶ الرقم ۵۴۳.
۳- ۳ أشار إلیه فی الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۲ و ذکره فی الفقیه ج ۳ ص ۸ الرقم ۲۷.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۲.

الله علیه و آله) أن یضاف خصم إلا و معه خصمه(۱).

و فی النبوی(۲)المروی فی المسالک «من ابتلی بالقضاء بین المسلمین فلیعدل بینهم فی لحظه و إشارته و مقعده، و لا یرفعن صوته علی أحدهما ما لا یرفع علی الآخر».

و فی الریاض «و هذه النصوص- مع اعتبار أسانیدها جمله و حجیه بعضها- ظاهره الدلاله فی الوجوب، کما هو الأظهر الأشهر بین متأخری الطائفه وفاقا للصدوقین، بل حکی علیه الشهره المطلقه فی المسالک و الروضه، فهی أیضا لقصور النصوص أو ضعفها لو کان جابره».

إلا أنه لا یخفی علیک ما فیه من دعوی اعتبار أسانیدها و حجیه بعضها، لأنه مبنی علی أنه إن کان فی السند أحد من أصحاب الإجماع لم تقدح جهاله الراوی بل و فسقه، و التحقیق خلافه، کما هو محرر فی محله، بل و فی حکایه الشهره، مع أن الموجود فی المسالک النسبه إلی الأکثر، بل الظاهر عدم تحقق ذلک علی سبیل الوجوب، خصوصا فی مثل عباره الصدوقین التابعه للتعبیر بما فی النصوص غالبا، و حینئذ فقطع الأصول المعظمه بمثل هذه النصوص المنساق منها إراده ضرب من الندب و الکراهه کما سمعت الفتوی بها فی إضافه أحد الخصمین مشکل، خصوصا مع ظهور خبر سلمه فی إراده بیان الآداب فی أحوال القاضی لا خصوص المتخاصمین الذی هو محل البحث، و صعوبه المساواه الحقیقیه سیما مع عدم التساوی منهما فی مقتضاها، و دعوی أن ذلک من العدل الذی أمره الله به ممنوعه إن کان المراد الوجوب حتی فی نحو ذلک.

و من هنا کان المحکی عن الدیلمی و الفاضل فی المختلف و غیرهما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۲.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۱۳۵.

الاستحباب، و هو الأقوى.

و على كل حال ف لا تجب التسويه فى الميل بالقلب لتعذره غالبا و قد

كان رسول الله (صلى الله عليه و آله) يقول فى القسم بين نسائه(۱): «هذا قسمى فيما أملک و أنت أعلم بما لا أملک»

يعنى الميل بالقلب.

و ما فى

حسن الثمالى(۲)عن الباقر (عليه السلام) «أنه كان فى بنى إسرائيل قاض يقضى بالحق بينهم، فلما حضره الموت قال لامرأته:

إذا أنا مت فغسلينى و كفنينى و ضعينى على سريرى و غطى وجهى فإنک لا ترين سوءا، فلما مات فعلت ذلک ثم مکثت بذلک حينا ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، فإذا هى بدوده تقرض منخره ففزعت من ذلک، فلما كان الليل أتاها فى منامها، فقال لها: أفزعک ما رأيت؟ قالت:

أجعل فقد فزعت، قال لها: لئن كنت فزعت ما كان الذى رأيت إلا من أخيک فلان، أتانى و معه خصم له، فلما جلسا إلى قلت: اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما كان الحق له، و رأيت ذلک بينا فى القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابنى ما رأيت لموضع هواى كان معه موافقه الحق»

محمول على ضرب من الحث على المراتب العاليه، بل الظاهر كون المراد فى الأول أيضا عدم إيثار أحدهما على وقوع ذلک منه.

أما إذا اتفق جلوسهما مثلا متفاوتا من غير مدخليه للقاضى فلا يجب عليه أن يوقع التساوى بينهما كما عساه يظهر ممن عرفت، لصعوبه إقامه

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۷ ص ۲۹۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱.

دلیل معتبر علیه هذا کله مع التساوی فی الإسلام أو الکفر(۱).

و أما لو کان أحدهما مسلما جاز أن یکون الذمی قائما و المسلم قاعدا أو أعلی منزلا بلا خلاف، بل فی الریاض أنه کذلک قولا واحدا،

و عن علی (علیه السلام) أنه جلس بجنب شریح فی حکومه له مع یهودی فی درع(۲)و قال: «لو کان خصمی مسلما لجلست معه بین یدیک و لکن قد سمعت رسول الله (صلی الله علیه و آله) یقول: لا تساووهم فی المجلس».

و هل تجب التسویه فیما عدا ذلک؟ قد یتوهم من ظاهر العباره و نحوها ذلک، لکن التحقیق خلافه، للأصل و اختصاص النصوص(۳)الموجبه- و لو للتبادر- بغیر الفرض المعلوم فیه شرف المسلم علی غیره، لما فیه من صفه الإسلام الذی یعلو و لا یعلی علیه.

[المسأله الثانیه لا یجوز أن یلقن أحد الخصمین ما فیه ضرر علی خصمه]

المسأله الثانیه(۴)لا یجوز للحاکم أن یلقن أحد الخصمین ما فیه ضرر علی خصمه بأن یعلمه دعوی صحیحه لم یکن فی نفسه الدعوی بها

۱- ۱ و فی الشرائع:« و إنما تجب التسویه مع التساوی فی الإسلام أو الکفر».

۲- ۲ راجع المغنی لابن قدامه ج ۱۱ ص ۴۴۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

۴- ۴ هکذا فی النسخه الأصلیه المسوده و المبیضه هنا و فیما یأتی من قوله قده:« المسأله الثالثه» و« المسأله الرابعه» و هکذا، و الصحیح کما فی الشرائع زیاده کلمه« المسأله» حیث إن البحث فی وظائف الحاکم لا فی المسائل.

أو الإنكار فى دعوى القرض عليه لا دعوى الوفاء المقتضيه للإقرار.

و كـذا لا يجوز أن يهـديه لوجوه الحجاج و نحوها مما يسـتظهر به على خصـمه لأن شـرع ذلك يفتح باب المنازعه، و قد نصـب لسدها.

و لاـ ينـدرج فى التلقيـن عرفـا الاسـتفسار و التحقيـق و إن اتفـق تـأديته فى بعض الأـحوال إلى اهتـداء الخصم إلى مـا يفيـده فى خصومته، كمـا أنه لاـ ينـدرج فى الفرض تلقينه بعـد العلم بكونه على الحق، إذ هو من المعاونه على البر و إن كان فيه فتـح لباب المنازعه، إذ لا دليل على حرمته مطلقا أو من القاضى فى جميع

الأحوال، و دعوى الاستغناء عن التلقين فى الفرض بالحكم حينئذ بعلمه يدفعها فرض وجود المانع من ذلك.

ثم إن الظاهر اختصاص الحكم بالمزبور أما غيره فلا دليل على حرمه التلقين عليه بعـد فرض عدم العلم بفساد الدعوى، بل إن لم يكن إجماع فى القاضـى أمكن المناقشه فى تحريمه عليه فضـلا عن غيره، و مجرد فتح باب المنازعه المنصوب لسدها لا يقتضـى حرمه ذلك، خصوصا بعد إمكان اندراجه فى تعليم محاورات الشرع، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا سكت الخصمان استحب له أن يقول لهما تكلما أو ليتكلم المدعى]

المسأله الثالثه:

إذا سـكت الخصمان استحب له أن يقول لهما: تكلما أو ليتكلم المدعى منكما و لو أحسن منهما أن سكوتهما ب سبب احتشامه أمر من يقول لهما ذلك.

و (۱۱) على كل حال يكره أن يواجه بالخطاب أحـدهما، لما يتضـمن من إيحاش الآخر (۱۲) لكن فى المسالك ما حاصـله «أن ذلك مناف

لما تقدم من وجوب التسويه بينهما فى الكلام، فاما أن يكون ذلک استثناء من السابق أو رجوع عن الحكم، و ظاهر العلامه فى التحرير و الشيخ فى المبسوط التحريم، لأنهما عبرا بصيغه النهى كالسالف، و هو حسن، لاشتراكهما فى المقتضى له، و فى الدروس لم يجعل التسويه فى الكلام من الواجب، و ذكر كراهه تخصيص أحدهما بالخطاب هنا، و هو يدل على كراهته مطلقا».

قلت: قد عرفت أنه لا دليل على وجوب التسويه بينهما فيه بحيث يشمل الفرض، بل هذا منه دليل على عدم إراده ما يشمل ذلک منها، بل المتجه الاقتصار على المتيقن الذى هو زياده أحدهما على الآخر به على وجه يقتضى ظهور الميل إليه و إراده الحكومه له و نحو ذلک مما يجر إلى التهمه و نحوها، و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء و يستحب ترغيبهما فى الصلح]

المسأله الرابعه:

إذا ترافع الخصمان و كان الحكم واضحا لزمه القضاء و لكن يستحب ترغيبهما فى الصلح الذى هو خير، و لا ينافى ذلک فوريه القضاء عرفا حتى لو طلب المحكوم له تنجيز الحكم عاجلا فإن أبيا أو أبى أحدهما إلا المناجزه حكم بينهما(۱) كما هو واضح.

۱- ۱ و فى الشرائع هنا:« و إن أشكل أخر الحكم حتى يتضح، و لا حد للتأخير إلا الوضوح».

[المسأله الخامسه إذا ورد الخصوم مترتبين بدأ بالأول فالأول]

المسأله الخامسه:

إذا ورد الخصوم مترتبين بـدأ بالأـول فالأـول من غير فرق بين الـذكر و الأـنثى و الشـريف و الوضـيع، لأحقيه السابق من غيره فى جميع الحقوق المشتركه.

فـان لم يعلم أو وردوا جميعـا قيـل: يقرع بينهم بـالطريق المتعـارف فيها من وضع الرقاع فى بنادق من طين و غيره، لأنها لكل أمر مجهول، و لمعلوميه الترجيح بها فى أمثال ذلك.

و قيل: يكتب أسماء المدعين، و لا يحتاج معهم إلى ذكر الخصوم لأن الحق لهم، فان تعدد الخصوم لواحد منهم تخير حينئذ.

و قيـل: يـذكرهم أيضـا لتنحصـر الحكومه معه فلو كـان له خصـمان كتب رقعتين و ليس معتمـدا، و على كـل حـال يجعـل تلك الأوراق المكتوب على ها أسماء المدعين تحت ساتر مثلا و يخرج رقعه رقعه ثم يستدعى صاحبها.

و قيل (۱۱) بل فى المسالك أنه المشهور إنما يكتب أسماؤهم مع تعسر القرعه بالكثره (۱۲) و التحقيق أن ذلك قسم من القرعه لأن الغرض تقـديم من يتقـدم من المـدعين من غير ترجيـح من قبل الحاكم و لا ميل إلى أحدهم، و هو يحصل بذلك، بل لو لا ظهور الاتفاق لأمكن القول بالتخيير للحاكم المأمور على الإطلاق بالحكم بين الناس، و أن المقام ليس من الحقوق فى شى ء.

ثم إن المتقدم بالسبق أو القرعه إنما يقدم فى دعوى واحده، فإن

کان له غیرها حضر فی مجلس آخر، سواء کانت مع ذلک المدعی علیه أو غیره.

و کذلک الکلام فی الازدحام علی المفتی و المدرس فی العلوم الواجبه، أما المندوبه فالخیار إلیه، و لو أسقط السابق حقه سقط، و ظاهر العباره و غیرها وجوب مراعاه هذه الأحکام، و قد یناقش فیه للأصل و غیره، فیتجه التخییر له فی ذلک.

[المسأله السادسه إذا قطع المدعی علیه دعوی المدعی بدعوی لم یسمع حتی یجیب عن الدعوی]

المسأله السادسه:

إذا قطع المدعی علیه دعوی المدعی بدعوی لم یسمع حتی یجیب عن الدعوی التی هی أحق من دعواه بالسبق و تنتهی الحکومه، ثم یستأنف هو دعواه إن لم یزاحمه أحد، و إلا ترتب الحکم السابق، و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا بدر أحد الخصمین بالدعوی فهو أولی]

المسأله السابعه:

إذا بدر أحد الخصمین بالدعوی فهو أولی لما عرفت و لو ابتدرا معا بالدعوی سمع من الذی علی یمین صاحبه للإجماع المحکی عن المرتضی و الشیخ، و ل

قول الصادق (علیه السلام) فی صحیح ابن مسلم(۱): «إن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قضی أن یقدم صاحب الیمین».

و قوله (علیه السلام) فی صحیح ابن سنان(۲): «إذا تقدمت مع خصم إلی وال أو قاض فکن عن یمینه».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱

و فى محكى المبسوط نسبته إلى روايه أصحابنا ثم قال: «و قال قوم:

يقرع بينهما، و منهم من قال: يقدم الحاكم من شاء، و منهم من قال:

يصرفهما حتى يصطلحا، و منهم من كان يستحلف كل واحد منهما لصاحبه، و بعد ما رويناه القرعه أولى».

و فى محكى الخلاف بعد ما ذكر روايه أصحابنا و الأقوال المزبوره قال: «دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم و لو قلنا بالقرعه على ما ذهب إليه أصحاب الشافعى كان قويا، لأنه مذهبنا فى كل أمر مجهول» و فيه أنه لا جهاله بعد النص و الإجماع.

و لو اتفق مسافر و حاضر فهما سواء ما لم يستضر أحدهما فيقدم دفعا للضرر و كذا المرأه التى تتضرر بالتأخير عن بيتها. و بالجمله القرعه إنما هى مع عدم تضرر أحدهم و إلا ترجح، لكن قد يناقش بعدم اقتضاء ذلك سقوط حق الآخر كما فى الازدحام على باقى الحقوق المشتركه، اللهم إلا أن يفرق بين المقام و بينها برجوع الحق فيه إلى اختيار القاضى و ترجيحه، فحيث لا يكون مرجح شرعى يرجع إلى القرعه، بخلاف ما فى المقام الذى فيه قاعده الضرر و الضرار، و الفرض عدم تضرر الآخر، فتأمل جيدا.

و يكره للحاكم أن يشفع فى إسقاط حق بعد ثبوته أو إبطال دعوى قبله، و فى المسالك «و على هذا فطريق الجمع بين ذلك و بين الترغيب فى الصلح المقتضى غالبا لإسقاط بعض الحق إما بجعله متوسطا بين الاسقاط و عدمه، أو جعله مستثنى كما يقتضيه كلام الأصحاب، لأن الصلح خير، أو بعث غيره على ترغيبهما فى ذلك و الوساطه بينهما فى الصلح، كما صرح به أبو الصلاح، و هذا أولى».

قلت: لعله لا تنافى بين رجحان الصلح قبل الحكم و إن تضمن بعض

أفراده إسقاطا و بين الشفاعه فى إسقاط الحق بعد ثبوته، بل الفرق بينهما فى غايه الوضوح عرفا، و لعل المراد الجمع بين الشفاعه فى إبطال الدعوى قبل الثبوت و بين رجحان الترغيب على الصلح المقتضى لبطلانها فيتجه حينئذ ما ذكره.

و على كل حال فالوجه فى الكراهه ما

عن النبى (صلى الله عليه و آله)(۱)سأله أسامه حاجه لبعض من خاصمه إليه، فقال: «يا أسامه لا تسألنى حاجه إذا جلست مجلس القضاء، فان الحقوق ليس فيها شفاعه».

[المقصد الثانى فى مسائل متعلقه بالدعوى]

اشاره

المقصد الثانى فى مسائل متعلقه بالدعوى، و هى خمس:

[المسأله الأولى لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله]

الأولى قال الشيخ و أبو الصلاح و بنوا حمزه و زهره و إدريس فى ما حكى عنهم لا تسمع الدعوى إذا كانت مجهوله، مثل أن يدعى فرسا أو ثوبا و تبعهم الفاضل فى المحكى من تحريره و إقرار تذكرته و الشهيد فى الدروس، لانتفاء فائدتها، و هو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم.

و فيه أنه مناف للمحكى عنه و غيره من أنه يقبل الإقرار المجهول و يلزم تفسيره ضروره أنه مع فرض جواب المدعى عليه بنعم يكون من ذلك، و حينئذ فالقول بصحه الإقرار بالمجهول

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۲.

يستلزم صحه الدعوى المجهوله و إن كان متعلقها غير الإقرار بالمجهول.

و دعوى الفرق بينهما- بأنه لو كلفنا المقر بالتفصيل و لم يقبل منه إقراره لأدى ذلك فى بعض الأحوال إلى الرجوع عن الإقرار الذى اقتضى تعلق حق الغير به

بعموم «إقرار العقلاء»(۱)

بخلاف الدعوى، فإن إلزامه بالتفصيل لا يقتضى ذلك، لما فيه من داعى الحاجه إليها و كون الحق له بخلاف المقر فان الحق عليه هى كما ترى.

و من هنا قال المصنف و فى الأول إشكال لوضوح ضعف دليله و ضعف الفرق المزبور و إن أمكن تقريره بوجه آخر، و هو أنه بالإقرار يتعلق حق المقر له و إن كان مورده مجهولا،

لعموم «إقرار العقلاء»(۲)

و حينئذ فيلزم بتفسيره الرافع للجهاله، بخلاف الدعوى التى لا تعلق لها بغير المدعى و لا طريق لإلزامه بتفسيرها، إذ له رفع اليد عنها، فالجهاله فيها لا طريق إلى تعرفها إلا بعدم سماعها مجهوله كى يلتجئ إلى تفسيرها حتى تكون مسموعه، و لكنه أيضا كما ترى لا يرجع إلى شى ء معتبر شرعا.

فالتحقيق أن يقال: لا ريب فى عدم سماع الدعوى المجهوله من كل وجه التى من أفرادها ما لا يقبل الدعوى به، لعدم إحراز كونها دعوى حينئذ توجب قضاء بعد فرض كون الجهاله فيها مقتضيا لاحتمال ما لا يقبل الدعوى من أفرادها نحو «لى عنده شى ء».

أما المجهوله التى كليها يوجب غرامه بأى فرد يفرض تشخيصه فلا مانع من قبولها، وفاقا لأكثر المتأخرين أو جميعهم إلا النادر، لإطلاق

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الإقرار- الحديث ۲ و المستدرك الباب- ۲- منه- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الإقرار- الحديث ۲ و المستدرك الباب- ۲- منه- الحديث ۱.

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «البینه علی المدعی»

و الأمر بالحکم بین الناس فی الکتاب(۲)و السنه(۳)و لاقتضاء عدم سماعها ضیع الحق، لأنه ربما یکون المدعی یعلم مجهولا.

کل ذلک مع أنه لا دلیل علی اعتبار العلم فیها أزید مما ذکرنا، فضلا عن اعتبار مقدار ما یصح السلم فیه و نحوه منه، کما هو ظاهر المحکی عن الشیخ، و هو الذی أشار إلیه المصنف بقوله:

[المسأله الثانیه إذا کان المدعی من الأثمان افتقر إلی ذکر جنسه و وصفه و نقده]

المسأله الثانیه قال أی الشیخ إذا کان المدعی من الأثمان افتقر إلی ذکر جنسه و وصفه و نقده، و إن کان عرضا مثلیا ضبطه بالصفات و لم یفتقر إلی ذکر قیمته،

و ذکر القیمه أحوط و أضبط و إن لم یکن مثلیا و قد تلف فلا بد من ذکر القیمه لأنها الواجبه حینئذ.

و لا یخفی ما فی الکل من الإشکال الذی قد عرفت أنه ینشأ من مساواه الدعوی بالإقرار و من غیر ذلک.

و کذا ما فی الدروس قال فیها: «و لا تسمع الدعوی المجهوله کثوب و فرس، بل یضبط المثلی بصفاته و القیمی بقیمته و الأثمان بجنسها و نوعها و قدرها، و إن کان البیع و شبهه ینصرف إطلاقه إلی نقد البلد، لأنه إیجاب فی الحال، و هو غیر مختلف، و الدعوی إخبار عن الماضی، و هو مختلف، أما دعوی الوصیه فإنها تسمع مع الجهاله، و فی صحه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

۲- ۲ سوره النساء: ۴- الآیه ۵۸ و سوره المائده: ۵ الآیه ۴۲ و سوره ص: ۳۸ الآیه ۲۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب کیفیه الحکم.

دعوى الإقرار وجهان: من نفعه لو صـدقه و عدم إيجابه حقا، فان قلنا به صح مع الجهاله، و لا إشـكال فى سـماع الإقرار المجهول حذارا من رجوعه لو ألزم بالتحرير بخلاف الدعوى».

و لاـ يخفى عليك ما فيه من غير تلك الجهه، خصوصا احتمال عـدم سـماعه دعوى الإقرار بناء على كون المراد منه- و لو بقرينه المقام- الإقرار بالمجهول مع القول بصحته، ضـروره أنه حينئذ كدعوى الوصـيه بالمجهول التى أشار إليها المصـنف بقوله أما لو كانت الدعوى وصيه سمعت و إن كانت مجهوله، لأن الوصيه بالمجهول جائزه فإن ذلك بعينه جار فى دعوى الإقرار بالمجهول، و لذا لم نر أحدا احتمل عدم سماع الدعوى به مع القول بصحته.

و لعله لـذا يمكن كون المراد التردد فى أصـل صـحه دعوى الإـقرار و لو بمعلوم، كمـا أومـأ إليه الفاضـل فى القواعـد و إن جعل الأول أقرب، بل لعل قوله: «فان قلنا» كالصريح فى ذلك.

و لكن لا يخفى عليك ما فى ثانى وجهى التردد، ضـروره عـدم اعتبار ذلك فى صـدق الإقرار و إن ذكر ذلك فى تعريفه إلا أن المراد منه ما يشمل الإقرار بالإقرار، فإنه إخبار عن الحق بالواسطه.

كمـا لاـ يخفى أيضـا مـا فى التعليل فى المتن و غيره لقبول الـدعوى بالوصـيه المجهوله، ضـروره عـدم اقتضاء ذلك اختصاصـها بالقبول، فان ملك المجهول بغيرها متحقق أيضا كالميراث و الهبه، بل و الصـلح و نحوهما، على أنه يمكن جهالته فى الدعوى و إن كـان قـد انتقـل إليه بـالبيع المقارن لعلمه حال البيع دون غيره، اللهم إلا أن يراد به ما عن الشـيخ من أنه ليس غير الوصـيه من الأسـباب مـا يملـك به المجهول فى نفس الأـمر و إن كـان فيه منع ذلـك، و لو سـلم فالمسأله فى الأعم منه، و بـذلك ظهر لك الحال

فی المسأله، و یأتی إنشاء الله زیاده إیضاح لها، و الله العالم.

و کیف کان ف لا بد من إیراد الدعوی بصیغه الجزم التی یستدل بها علی جزم المدعی بما یدعیه کما عن الکافی و الغنیه و الکیدری و ظاهر الوسیله بل فی الکفایه نسبته إلی الشهره، و حینئذ فلو قال أظن أو أتوهم لم تسمع لأن من لوازم الدعوی الصحیحه إمکان رد الیمین علی المدعی و هو منتف، و للقضاء بالنکول فیها مع یمین المدعی أو عدمه، و هو منتف هنا أیضا، ضروره عدم جواز تناول المدعی هنا مع عدم جزمه، و لعدم صدق الدعوی علیه عرفا، فلا یترتب الحکم من القضاء و غیره علیها.

و لکن قال المصنف کان بعض من عاصرناه و هو شیخه نجیب الدین محمد بن نما یسمعها فی التهمه و یحلف المنکر ثم قال و هو بعید عن شبه الدعوی الذی قد عرفت کونها فی العرف الخبر الجازم، و لکن إلیه یرجع ما فی الروضه و محکی تعلیق النافع للمحقق من التفصیل بین ما یعسر الاطلاع علیه کالقتل و السرقه و غیره، فتسمع فی الأول دون الثانی، بل عن الإیضاح و المجمع أنه قوی عدم اشتراط الجزم، و نفی عنه البأس فی غایه المراد، و مال إلیه فی المسالک لکن فی الریاض أنه لیس قولا لأحد منا، بل أصحابنا علی قولین:

اعتبار الجزم و الاکتفاء بالتهمه فی مقامها.

و کیف کان ففی المسالک تبعا لغایه المراد «أن المعتبر من الجزم ما کان فی اللفظ، بأن یجعل الصیغه جازمه دون أن یقول: أظن أو أتوهم کذا، سواء انضم إلی جزمه بالصیغه جزمه بالقلب و اعتقاده لاستحقاق الحق أم لا، و هو کذلک، فان المدعی لا یشترط جزمه فی نفس الأمر لأنه إذا کان للمدعی بینه تشهد له بحق و هو لا یعلم به فله أن یدعی به

عند الحاکم لتشـهد له البینه، و کذا لو أقر له مقر بحق و هو لا یعلم به فله أن یدعیه علیه و إن لم یعلم سببه فی نفس الأمر ما هو، و وجه ما اختاره المصـنف من اشتراط الجزم بالصـیغه أن الـدعوی یلزمها أن یتعقبها یمین المدعی أو القضاء بالنکول، و هما غیر ممکنین مع عـدم العلم بأصـل الحق، و أن المعهود من الـدعوی هو القول الجـازم، فلا یطابقها الظن و نحوه» و تبعهما علی ذلک فی الریاض.

و فیه أن إظهار الجزم بالصـیغه مع عـدمه فی القلب کذب و تدلیس، ضـروره کون ذلک خبرا من الاخبار لا إنشاء کی لا یحتمل الصدق و الکذب و الدعوی بالبینه و الإقرار اللذین هما حجتان شـرعیتان بصوره الجزم بعد تسلیمه لا یقتضی جوازها أیضا بدون ذلک، و ما ذکره من الوجه فی کلام المصنف إنما ینطبق علی الجزم القلبی لا الظاهری، فلا محیص عن إراده المصنف ما أشرنا إلیه أولاـ من اعتبـار الجزم فی نفس الأـمر فی المـدعی و إن اکتفی الحـاکم فی إحراز ذلـک بإظهـار الجزم بالصـیغه الـدال علی ذلـک، إذ لیس تکلیف بأزیـد منه و إلاـ فلو فرض علمه بمخـالفه مـا أظهره لمـا فی نفسه لم یجز له القضـاء به، بنـاء علی الشـرط المزبور، نعم محل البحث فی أصل اعتبار ذلک.

و التحقیق الرجوع إلی العرف فی صـدق الـدعوی المقبوله و عـدمها، و لاـ ریب فی قبولهـا عرفا فی مقام التهمه بجمیع أفرادها و ربما تؤیده النصوص الداله علی تحلیف الأمین مع التهمه المتقدمه فی کتاب الإجاره(۱)و غیره.

ک

خبر بکر بن حبیب(۲)«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام):

۱- ۱ راجع ج ۲۷ ص ۳۴۲- ۳۴۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من کتاب الإجاره الحدیث ۱۶.

أعطیت جبه إلی القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فلیس علیه شی ء».

و خبره الآخر(۱)عنه (علیه السلام) أیضا «لا یضمن القصار إلا من جنت یداه، و إن اتهمته أحلفته».

و خبر أبی بصیر(۲)عنه (علیه السلام) أیضا «لا یضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائک إلا أن یکونوا متهمین. فیخوف بالبینه و یستحلف لعله یستخرج منه شیئا».

إلی غیر ذلک من النصوص التی هی و إن کانت فی غیر ما نحن فیه من الدعوی بالتهمه لکن لا ریب فی دلالتها علی اقتضاء التهمه الاستحلاف أینما تحققت. بل قد یؤیده أیضا عمومات الأمر بالحکم کتابا و سنه(۳)فی جمیع أفراد المنازعه و المشاجره التی لا ریب فی أن ذلک من أفرادها نحو قوله تعالی «وَ أَنِ احْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ»(۴). «فَلا وَ رَبِّکَ لا یُؤْمِنُونَ حَتَّی یُحَکِّمُوکَ فِیما شَجَرَ بَیْنَهُمْ»(۵). «فَإِنْ تَنازَعْتُمْ فِی شَیْ ءٍ فَرُدُّوهُ إِلَی اللَّهِ وَ الرَّسُولِ»(۶)و غیر ذلک، و احتمال کون الحکومه فی الفرض بالقضاء بکون الدعوی غیر مسموعه مناف لما دل من النصوص(۷)علی أن الضابط فی قطع الخصومات البینات و الإضافه إلی اسم الله تعالی.

و کذا لا ریب فی تحقق الخصومه و المشاجره مع عدم الجزم فیما یجده الوصی أو الوارث من سندات أو دفتر أو شهاده من لا یوثق بهم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من کتاب الإجاره- الحدیث ۱۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من کتاب الإجاره- الحدیث ۱۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- و غیره من أبواب کیفیه الحکم.

۴- ۴ سوره المائده: ۵- الآیه ۴۹.

۵- ۵ سوره النساء: ۴- الآیه ۶۵.

۶- ۶ سوره النساء: ۴- الآیه ۵۹.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱ و ۲- من أبواب کیفیه الحکم.

أو غير ذلك.

و بـالجمله فالمـدار على مـا يتعـارف من الخصـومه بسـببه، سـواء كـان بجزم أو ظن أو احتمـال، أمـا مـا لاـ يتعـارف الخصومه به كاحتمال شغل ذمه زيد مثلا أو جنايته بما يوجب مالا أو نحو ذلك مما لا يجرى التخاصم به عرفا فلا سماع للدعوى فيه.

و بـذلك بان لك ما أطنب فيه فى الرياض من دعوى تبادر الجزم من الـدعوى الـذى لو سـلم فى لفظها لم يسـلم فى المنازعه و المشاجره و نحوهما و من

اقتضائهـا التسـلط على الغير بالإـلزام بالإـقرار أو الإنكـار و التعزير، و هـو ضـرر منفى المعـارض بنحوه بالنسـبه إلى الخصم، و من اقتضائهـا يمين المـدعى أو القضـاء بـالنكول، و همـا غير ممكنين، لامتنـاع الحلف على الظن و امتناع ثمره النكول، إذ لا يسـتحل الغريم أن يأخـذ بمجرد إنكار المـدعى عليه و نكوله عن اليمين، لاحتمال كونه للتعظيم أو غيره الواضح منعه بتكثر الدعاوى التى لاـ رد فيها كالـدعوى من الوصـى و التهمه للأمين و غيرهما، فهو حينئـذ لازم لغير الفرض و نحوه، و كـذا القضاء بالنكول إن لم نقـل بجواز الأخـذ له به، لأـنه بمنزله الإقرار، أو لأنه يكون عوض اسـتحقاق اليمين أو لظهور نصوص(۱)التهمه فى ذلـك، بل لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه النظر أيضا فى بقيه كلامه، فلاحظ و تأمل.

كمـا أنه لاـ يخفى عليـك الحـال فيما لو حلف المنكر أو قضـينا بالنكول أما لو قلنا بأنه لم يقض إلا برد اليمين لم يرد هنا، لعـدم إمكانه، بل توقف الدعوى.

قيل: و منه يعلم ما فى استدلال الشهيد لأصل القول بأن فيه حسما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من كتاب الإجاره.

لماده النزاع، إذ لا حسم حينئذ على هذا التقدير، و إنما تنحسم على القول بالقضاء به، و هو لا يقول به، فلا يوافق دليله مختاره إلا- أن يلتزم بحبس المنكر إلى أن يقر أو يحلف، كما ذكره الصيمرى، و لكن لم يذكره هو و لا من عداه، بل ظاهرهم إيقاف الدعوى كما صرح به بعضهم، مع أن حسم ماده النزاع غير منحصر فى سماع الدعوى، لإمكان ردها كسائر ما ترد فيه الدعاوى إجماعا، كما مضى. و فيه ما عرفت من أن الأصل فى حسم المشاجره البينه أو اليمين، و لا بعد فى الالتزام بأحدهما فى المقام و فى جميع نظائره، و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا تمت الدعوى هل يطالب المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى فيه تردد]

المسأله الثالثه إذا تمت الدعوى من المدعى هل يطالب الحاكم المدعى عليه بالجواب أو يتوقف ذلك على التماس المدعى؟ فيه تردد بل قولان للشيخ فى المحكى من مبسوطه و الوجه عند المصنف، بل قيل: إنه الأشهر بل عن المبسوط عندنا مشعرا بالإجماع عليه أنه يتوقف، لأنه حق له، فيقف على المطالبه.

و لكن الأوجه خلافه وفاقا للمحكى عن جماعه، للأصل و لكونه حقا للحاكم المنصوب لقطع الخصومات إلا أن يسقط المدعى حقه، و فى المسالک «و لقيام شاهد الحال على إرادته ذلک، إذ من المعلوم عاده أن الإنسان لا يحضر خصمه مجلس الحكم إلا لإراده فصل الدعوى بينه و بين خصمه المتوقف على سماع جوابه» و لكن فيه أن ذلک رجوع إلى القول بالتوقف على التماسه المدلول عليه بشاهد الحال.

[المسأله الرابعه لو ادعی أحد الرعیه علی القاضی سمعت کما تسمع علی غیره]

المسأله الرابعه:

لو ادعی أحد الرعیه علی القاضی سمعت کما تسمع علی غیره لإطلاق الأدله السالم عن معارضه منافاه ذلک لرئاسه القضاء بعد حضور أمیر المؤمنین (علیه السلام) مع یهودی مجلس القضاء(۱)و حضور عمر مع أبی عند زید بن ثابت(۲)و المنصور مع جمال فان کان هناک إمام رافعه إلیه و إن لم یکن و کان فی غیر ولایته رافعه إلی قاضی تلک الولایه لاندراجه حینئذ فی المولی علیه من الحاضرین فی تلک الولایه.

و إن کان فی ولایته و کان له خلیفه رافعه إلی خلیفته بل فی المسالک «لا یجب إجابه المدعی إلی الذهاب معه إلی غیره مع وجوده، لأن العداله تمنع من التهمه، و إن فرضت لم یلتفت إلیها».

قلت: قد یشکل ذلک بأن الأمر فی من یرافع إلیه إلی المدعی، فمع فرض عدم الضرر یجب اتباعه إذا طلب غیره، بل قد یقال: إن ولایه الخلیفه فرع ولایته التی لا یندرج فیها الحکم بالدعاوی المتعلقه به و إن کان قد یدفع بعد فرض الاذن له فی الاستخلاف بتناول ولایه الخلیفه حینئذ للحکم فی الدعاوی المتعلقه بالقاضی، ضروره ارتفاع المانع الذی هو الخصومه المانعه من القضاء کالشهاده

و معلومیه خروج الحاکم بین المتخاصمین عنهما، و لیس الخلیفه وکیلا کی لا یزداد علی موکله.

و علی کل حال فلو لم یکن له خلیفه و لو لعدم الاذن له فی ذلک رافعه

۱- ۱ راجع التعلیقه ۲ من ص ۱۴۳.

۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۱۳۶.

إلى حاكم آخر فى غير ولايته، و لا يشكل بعدم الولايه له على غير أهل ولايته، لمعلوميه كون المراد بأهل ولايته من حل فيها و لو من غيرها كالمسافرين و نحوهم، كما هو واضح.

[المسأله الخامسه يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم]

المسأله الخامسه:

يستحب للخصمين أن يجلسا بين يدى الحاكم لأنه الموافق للأدب، و ليتمكن من التساوى بينهما فى النظر و غيره، و لما سمعته من كلام على (عليه السلام) فى حضوره مع اليهودى عند شريح(۱)و لو قاما بين يديه كان جائزا و ليس فى ذلك تكبر مناف، و الله العالم.

[المقصد الثالث فى جواب المدعى عليه]

اشاره

المقصد الثالث فى جواب المدعى عليه أى ما يصدر منه حال الدعوى عليه و هو إما إقرار أو إنكار أو سكوت فإنه جواب بالمعنى المزبور، على أن حكمه كما ستعرف مع الإصرار عليه جعله كالناكل فى رد اليمين على المدعى و الحكم به، فهو حينئذ كالإنكار، و لعله لذا أطلق عليه اسم الجواب.

و على كل حال فتفصيل الحال فى ذلك

[أما الإقرار]

أما الإقرار ف لا ريب فى أنه يلزمه أى المقر ما أقر به إذا كان جائز التصرف و الإقرار جامعا لشرائط الصحه المتقدمه فى بابه.

۱- ۱ راجع التعليقه ۲ من ص ۱۴۳.

بل فی المسالک و غیرها «لزمه ذلک، سواء حکم به الحاکم أم لا، بخلاف البینه التی لا یثبت الحق بمجرد إقامتها، بل لا بد معه من حکم الحاکم، و الفرق أن البینه منوطه باجتهاد الحاکم فی قبولها و ردها، و هو غیر معلوم بخلاف الإقرار» و زاد فی الریاض أنه «تظهر ثمره الفرق المزبور بجواز مقاصه المدعی حقه إذا کان عینا و ادعاها مع عدم علمه بها بالإقرار دون البینه إذا لم یحکم الحاکم».

و مرجع ذلک إلی اشتراط حجیه البینه بحکم الحاکم بها و إن علم کونها مقبوله عنده بخلاف الإقرار، و حینئذ فهی حجه له یحکم بها و لغیره إذا حکم بها، کما صرح بذلک فی المسالک فیما یأتی.

و لکن قد یناقش بعموم أو إطلاق ما دل علی قبولها من غیر فرق بین الحاکم و غیره، و إنما الحاکم یحکم بمقتضاها، فیترتب علی حکمه ثمراته من عدم سماع الدعوی بعده و نحوه، لا- أن أصل تناول المدعی بعد قیامها و العلم بقبولها عند الحاکم و ثبوت الحق بها عنده و إن لم ینشئ الحکم به متوقف علی حکمه، خصوصا لو فرض عدم علم المدعی إلا بها، و حینئذ فالفرق بینها و بین الإقرار من هذه الجهه لا وجه له.

کدعوی الفرق بینهما بأن قبول البینه و ردها یرجع إلی الاجتهاد بخلاف الإقرار» ضروره إمکان فرض المقام فی البینه المعلوم قبولها عند الحاکم و لکن بعد لم ینشئ الحکم بمقتضاها، و الاجتهاد فی قبول البینه کالاجتهاد فی قبول الإقرار، ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «إقرار العقلاء علی أنفسهم جائز».

و لذا استشکل الأردبیلی فی الأخذ بالإقرار بدون حکم الحاکم. قال:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الإقرار- الحدیث ۳ و المستدرک الباب- ۲- منه الحدیث ۱.

«و لهذا لم يقدر أحد أن يشهد بثبوته فى ذمته، بل بإقراره، فليس الحكم إلا للحاكم، لاجتهاده أن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز و الإجماع» و إن كان هو كما ترى، ضروره جواز الأخذ بالإقرار لكل أحد فضلا عن المقر له.

فالتحقيق عدم الفرق بين البينه و الإقرار فى الأخذ بهما من دون حكم الحاكم لكل أحد و لو من باب الأمر بالمعروف، لعموم ما دل على حجيه شهاده العدول فى الدعاوى و غيرها، بل لعل حكومه الحاكم بها لذلك أيضا، نعم لو لم تثبت عدالتها لم يجز الأخذ بها فى الحكم الظاهر» لعدم ثبوت ما هو الحجه شرعا، و حكم الحاكم بها ليترتب عليه قطع الدعوى بعد ذلك لا يقتضى توقف حجيتها فى التناول لغير الحاكم من باب الأمر بالمعروف على حكم الحاكم، كما هو واضح. و حينئذ لا فرق بين الإقرار و البينه بالنسبه إلى ذلك.

و دعوى الفرق بأنه لا مجال لحكم الحاكم مع الإقرار إذ لا خصومه حينئذ كى يحكم بقطعها بخلاف البينه يدفعها اتفاقهم ظاهرا على صحه حكم الحاكم به فى المقام و إن قال فى المسالك: «إن فائدته بعد فرض عدم توقف ثبوت الحق عليه إنفاذ حاكم آخر إياه و نحو ذلك بخلاف الحكم المترتب على البينه، فإنه من تمام السبب فى ثبوت الحق».

و لكن فيه منع واضح بعد ما عرفت من عدم الفرق بينهما بالنسبه إلى إنشاء الحكم من الحاكم بمقتضاهما ليترتب عليه ثمراته، فهما من هذه الجهه سواء فى التوقف على حكم الحاكم، كما أنهما سواء فى جواز التناول لهما، لا من حيث الحكومه المقتضيه لقطع النزاع و للفصل بين المتخاصمين، بل من باب كون كل منهما حجه شرعيه لكل من حصلا عنده، بل لعل الحكم كذلك فى باقى الموازين كالشاهد و اليمين و النكول و اليمين المردوده،

و لعله إلى ذلك يرجع ما يحكى عن الأستاد الأكبر من توقفهما معا على حكومه الحاكم فيجب أن لا يكون فصل بين المتخاصمين إلا بإنشاء الحكومه منه، من غير فرق بين البينه و الإقرار و يمين المنكر و غيرها، و إن ثبت الحق بها قبل إنشاء الحكومه، و لكل ثمرات، و الله العالم.

و كيف كان ف هل يحكم الحاكم به أي الإقرار عليه أي المقر من دون مسأله المدعى؟ قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه لا يجوز لأنه حق له، فلا يستوفى إلا بمسألته نحو ما سمعته سابقا في سؤال الحاكم المدعى عليه الجواب من دون مسألته، إلا أن الأقوى خلافه، بل لعل في نسبه المصنف له إلى القيل هنا اشعارا بتمريضه و إن كان مختاره في الأول التوقف.

و كأنه فرق بينهما بأن الحكم للحاكم كما هو مقتضى إطلاق أدلته بخلاف الدعوى سؤالا و جوابا، فإنها لغيره.

و فيه منع، ضروره اقتضاء إطلاق الأدله أن الحكومه و مقدماتها بعد حضور المتخاصمين مجلس الخصومه عنده إليه ما لم يرفعا يدا أو المدعى عنها، و لذا كان الأقوى في المقامين عدم التوقف لذلك، لا لما عن المختلف من أنه ربما يجهل المدعى أن ذلك حق له فيضيع حقه، ضروره اقتضائه تنبيه الحاكم له على ذلك لا الحكم بدون إذنه، فالأولى الاستدلال بما سمعت، على أن شاهد الحال في الموضعين متحقق.

و ربما استشعر بعضهم من تعليل عدم التوقف بالأخير الاتفاق منهم على اعتبار الاذن، و إنما الخلاف في الاجتزاء عنها بشاهد الحال و عدمه.

و فيه أنه ليس من الجميع، بل صريح بعضهم الاستدلال بما يقتضى كون ذلك للحاكم، على أنه لا بأس بذكره ردا للخصم القائل باعتبار الاذن و مماشاه له، و إلا فقد عرفت التحقيق.

بل قد يقال بوجوب الحكم على الحاكم بعد حصول مقتضيه و إن لم يرض المدعى، كما لو وجه اليمين على المنكر و حلف على ذلك و أراد الحاكم قطع الدعوى بإنشاء الحكم و لم يأذن المدعى لم يسمع منه، كما لم يسمع من المنكر فى غير الفرض.

و من ذلك يعلم أن ثمره الحكومه تاره تكون للمدعى و أخرى للمنكر، فإطلاق كونها للمدعى فى غير محله، كإطلاق القول بتوقفها على الاذن المنافى منصب القاضى للفصل بين الناس و خصوماتهم التى يرجعون بها إليه و يحكمون فيما بينهم فيها.

و كيف كان ف صوره الحكم ما قدمناه سابقا، و منه أن يقول: ألزمتك أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله قاصدا إنشاء الفصل بينهما بذلك و لو التمس أن يكتب له بالإقرار أو بالحكم به لم يجب عليه ذلك على الأصح حتى لو بذل المقدمات، كما عرفت البحث فيه سابقا.

و لو أجاب لم يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه على وجه يتشخص به عن غيره بالطرق المفيده لذلك أو يشهد عليهما شاهدا عدل حتى يأمن بذلك من التدليس بجعل الحكومه بالإقرار أو الشهاده به لغير من وقع، كما اتفق حصوله فى زماننا من بعض المزبوره.

و لو شهد عليه بالحليه و الصفه المشخصه له عن غيره جاز و لم يفتقر حينئذ إلى معرفه النسب و اكتفى بذكر حليته و اقتصار جمله من الأصحاب على الأول لا يقتضى الخلاف فى الثانى، و ما عن ابن إدريس- من الاعتراض بانتفاء المستند للتعويل على الحليه و بأنه مصير إلى أن للإنسان أن يعمل بما يجد به خطا مكتوبا من غير ذكر للشهاده و قطع على من شهد عليه و رجوع إلى العمل بكتاب قاض إلى قاض، و جميع ذلك

باطل عندنا- واضح الفساد.

و من هنا قال فی المختلف: «و التحقیق أنه لا مشاحه هنا، لأن القصد تخصیص الغریم و تمیزه عن غیره و ازاله الاشتباه، فان حصل ذلک بالتحلیه جاز، و اللوازم التی ذکرها ابن إدریس غیر لازمه، لأن الخط جعل مذکرا و منبها علی القضیه، فإذا وقف الإنسان علی خطه فان ذکر القضیه أقام الشهاده و إلا فلا» و هو جید.

و کیف کان فان امتنع المحکوم علیه بالأداء عنه أغلظ له بقول: یا ظالم و نحوه و لو التمس الغریم حبسه حبس بلا خلاف، ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «لَیّ الواجد یحل عقوبته و عرضه»

و فی الموثق(۲)«کان أمیر المؤمنین (علیه السلام) یحبس الرجل إذا التوی علی غرمائه، ثم یأمر فیقسم ماله بینهم بالحصص، فان أبی باعه فیقسمه بینهم»

و غیر ذلک مما قدمناه فی الفلس(۳).

و لو ادعی الإعسار الذی مر تحقیقه أیضا کشف عن حاله، فان استبان فقره أنظره وفاقا للمشهور، للأصل و لقوله تعالی(۴)«وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ» و

للموثق(۵)و غیره «إن علیا (علیه السلام) کان یحبس فی الدین، فإذا تبین له إفلاس و حاجه خلی سبیله حتی یستفید مالا»

و ل

خبر السکونی(۶)«إن امرأه استعدت علیا (ع)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب القرض- الحدیث ۴ و فیه « لی الواجد بالدین یحل عرضه و عقوبته».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الحجر- الحدیث ۱.

۳- ۳ راجع ج ۲۵ ص ۲۸۱- ۲۸۲.

۴- ۴ سوره البقره: ۲ الآیه ۲۸۰.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الحجر- الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الحجر- الحدیث ۲.

علی زوجها أنه لا ینفق علیها و کان زوجها معسرا فأبی أن یحبسه، و قال:

إن مع العسر یسرا».

بل فی کشف اللثام و

خبر زراره أو صحیحه(۱)«کان علی (علیه السلام) لا یحبس فی السجن إلا ثلاثه: الغاصب و من أکل مال الیتیم و من أوتمن علی أمانه فذهب بها، و إن وجد له شیئا باعه غائبا أو شاهدا»

بـل عن کشف الرموز أنه المراد بروایه الانظار(۲)و إن کان هو کما تری، بل لا دلاله فیه علی ما سـمعته من الشـیخ و ابن حمزه، مضافا إلی معلومیه بطلان الحصر فیه بالإجماع و غیره، بل و إلی منافاته ما سمعته من النصوص(۳)من الحبس فی الدین، و الجمع بإراده الحبس الطویل أو حبس العقوبه أو نحو ذلک بعیـد و إن کان هو أولی من الطرح، فالعمـده حینئـذ فی إثبات المطلوب ما سمعت.

و لکن مع ذلک عن الشیخ فی النهایه أنه یدفع إلی غرمائه لیؤجروه و یستعملوه، ل

خبر السکونی(۴)«أن علیـا (علیه السـلام) کـان یحبس فی الـدین ثم ینظر إن کان له مال أعطی الغرماء و إن لم یکن له مال دفعه إلی الغرماء فیقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم آجروه و إن شئتم استعملوه».

إلی ذلک أشار المصنف بقوله و فی تسلیمه إلی غرمائه لیستعملوه أو یؤاجروه یعنی: أو إنظاره روایتان أشهرهما عملا و أصحهما سندا و أکثرهما عددا و أوفقهما بالأصل و الکتاب کما عرفت روایه الانظار

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲ و فیه « لا یحبس فی الـدین» و فی التهذیب ج ۶ ص ۲۹۹ الرقم ۸۳۶ « لا یحبس فی السجن».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الحجر.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الحجر.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الحجر- الحدیث ۳.

بـل عن الشـيخ أنه رجع عن العمـل بها إلى ما عليه الأصـحاب، بل كتابه النهايه ليس معـدا للفتوى، بل هو متون أخبار، و بـذلك يظهر شـذوذ الروايه المزبوره، فتطرح أو تحمـل على ما إذا كان ذلك بالتراضـى لإراده قطع النزاع من زياده الكسب لو غرم عليه على النفقه و عدمها أو غير ذلك.

و منـه يعلـم مـا فى المحكى عـن ابـن حمزه أيضـا مـن أنه «إذا لم يكن ذا حرفه خلى سـبيله، و إن كـان ذا حرفه دفعه إلى الغريم ليستعمله، فما فضل عن قوته و قوت عياله بالمعروف أخذ بحقه» الذى مستنده أيضا الخبر المزبور الذى قد عرفت حاله و إن كان نفى عنه البعـد فى المختلف قـال: «لأـنه متمكن من أداء مـا وجب عليه، و هو إيفاء صاحب الـدين حقه، فيجب عليه، أما الكبرى فظـاهره، و أمـا الصـغرى فلأـن الفرض أنه متمكن من الكسب و التحصـيل، و كمـا يجب السعى فى المئـونه كـذا يجب فى أداء الدين، قال: و نمنع إعساره، لأنه متمكن، و لا فرق بين القدره على المال و القدره على تحصيله، و لهذا منعنا القادر على التكسب بالصنعه و الحرفه من أخذ الزكاه باعتبار إلحاقه بالغنى القادر على المال- قال-: و الآيه- يعنى آيه الإنظار(۱)- متأوله بالعاجز عن التكسب و التحصيل، و كذا

ما ورد من الأخبار (۲) فإن ذلك لا يفيد إلا وجوب التكسب عليه، و هو غير دفعه إليهم و جعلهم أولياء إن شاؤوا استعملوه و إن شاؤوا آجروه، على أن فى أصل وجوب التكسب عليه إشكالا و إن كان هو مقدمه للواجب الذى مقتضى الأصل كونه مطلقا، إلا أن ذلـك يتوقف على إطلاـق أمر بالأـداء و إلاـ فالأصل فى الواجب أن يكون مشـروطا لأصل البراءه و غيره، و إطلاق الكتاب و السنه إنما

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآيه ۲۸۰.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من كتاب الحجر.

یقتضی الوجوب بالیسار الممنوع صدقه بمجرد القدره علی التکسب الذی مقتضی ما سمعت کونه مشروطا بالنسبه إلیه.

هذا و فی المحکی عن المبسوط بعد ذکر الخلاف فی الإجبار علی التکسب و ذکر

خبر السکونی(۱)قال: «و لا خلاف فی أنه لا یجب علیه قبول الهبات و الوصایا و الاحتشاش و الاحتطاب و الاصطیاد و الاغتنام و التلصص فی دار الحرب و قتل الأبطال و سلبهم ثیابهم و سلاحهم، و لا تؤمر الامرأه بالتزویج لتأخذ المهر و تقضی الدیون، و لا یؤمر الرجل بخلع زوجته فیأخذ عوضه، لأنه لا دلیل علی شی ء من ذلک، و الأصل براءه الذمه».

و لعله لمعارضه دلیل المقدمه بنفی الضرر و الحرج فی بعض الأفراد المزبوره، أو لعدم إطلاق فی الأداء لو سلم علی وجه یفید وجوب نحو ذلک مما هو غیر متعارف فی التکسب، فیبقی حینئذ واجبا مشروطا بالنسبه إلی ذلک و نحوه، لا أنه مقدمه للواجب المطلق.

اللهم إلا أن یقال: إن ذلک کله فی غیر صاحب الصنعه کالنجار و الحداد و الحائک و نحوهم ممن عدوهم فی قسم الأغنیاء، و لکن فیه حینئذ أن ذلک خروج عن محل البحث الذی متعلقه المعسر کما هو واضح، علی أن المسلم من عدم جواز دفع الزکاه إلیهم مع تشاغلهم بصنائعهم المفروض قیامها بنفقتهم إما وجوب تشاغلهم بها لذلک أو للدین، فهو ممنوع للأصل و غیره، لما عرفته سابقا.

و علی کل حال ف هل یحبس حتی یتبین حاله؟ فیه تفصیل ذکر ه المصنف فی باب الفلس(۲)و هو إن وجد البینه قضی بها، و إن عدمها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من کتاب الحجر- الحدیث ۳.

۲- ۲ راجع ج ۲۵ ص ۳۵۲- ۳۶۰.

و كان له مال أو كان أصل الدعوى مالا حبس حتى يثبت إعساره بالبينه المطلعه على باطن أمره، لأصاله بقاء المال، فان لم تكن له بينه حلف المـدعى على عـدم التلف، كما فى كشف اللثام، و إلا فلا لأصاله عدمه، فيحلف على الفقر و يخلى سبيله، فان نكل حلف المدعى على القدره و حبس.

و فى محكى التـذكره «فإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكليه، و لو كان غريبا لا يتمكن من إقامه البينه و كل به القاضـى من يبحث عن منشأه و منتقله و تفحص عن أحواله بقدر الطاقه، فإذا غلب على ظنه إفلاسه شهد به عند القاضى لئلا تتخلد عليه عقوبه السجن» و هذا التفصـيل قد نسـبه بعضهم إلى الشهره، لكن قد يناقش بظهور الموثق(۱)السابق و غيره فى حبسه فى الـدين الشامل لنحو مهر الزوجه و غيره إلى أن يتبين إفلاسه و حاجته، و لعله لأن صفه الإعسار المعلق عليها حكم الانظار لا تثبت بأصاله عدم المال، كما لاـ يثبت اليسـار بأصـاله بقـاء المال، لأنهما صـفتان وجوديتان، و ليس هما عين عـدم المال و وجوده، بل لو سـلم أنهما من لوازم ذلك فالأصل حجه فى الشى ء نفسه لا فى لوازمه، كما هو محرر فى محله. كل ذا مضافا إلى الخبر المزبور(۲)و غيره.

بل قد يقال بمعلوميه انقطاع أصاله عدم المال التى كانت قبل الولاده، و لم يعلم انقطاعها بما يقتضى اليسار للدين المدعى أو لا، و لا أصل ينقح ذلك، لأنه شى ء جديد غير عدم المال السابق، فيحتاج إلى البينه فى تحقق شرط الانظار الذى هو الإعسار، و هو لا يقتضى اشتراط استحقاق الوفاء باليسار كى يكون غير متحقق، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

بـل قـد يقـال بعـدم حـال سـابق للشـخص غير مالـك فيه حتى يستصـحب لاحتمال مقارنه الملك لوجوده بالوصـيه أو الإرث أو نحوهما، اللهم إلا

۱- ۱ الوسائل- ۷- من كتاب الحجر- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل- ۷- من كتاب الحجر- الحديث ۱.

أن يقال: إن الملک لا يکون إلا بسبب، و الأصل عدم حصوله، فينقح وجوده غير مالک، فتأمل جيدا.

و تصديق مدعى الفقر فى جواز إعطاء الزکاه لدليله الذى قد ذکرناه فى بابه لا يقتضى ثبوت الإعسار فى الواقع على وجه يسقط به حق الغير المعلق على حصوله فى الواقع.

و لو قيل: الأصل فى ذلک أن الإعسار شى ء لا يعلم إلا من قبله بل هو کصاحب اليد على ما عنده حتى بالنسبه إلى المال الذى ادعى تلفه ففيه أن المتجه حينئذ قبول قوله بيمينه حتى إذا کان له مال أو کان أصل الدعوى مالا، و قد عرفت أن المشهور خلافه، و قد مر تمام الکلام فى کتاب الفلس(۱)فلاحظ.

[أما الإنکار]

و أما الجواب ب الإنکار ف هو إذا قال مثلا لا حق له على، فان کان المدعى يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه فالحاکم العالم بحاله بالخيار، إن شاء قال للمدعى: أ لک بينه؟ و إن شاء سکت للأصل و غيره.

أما إذا کان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبه بالبينه أو جهل حاله وجب أن يقول الحاکم ذلک القول أو ما فى معناه لئلا يضيع الحق، بل لعل ذلک يجب عليه فى الأول إذا قام فى المدعى احتمال أنه ليس له إحضار البينه إلا إذا طلبها الحاکم منه و إن کان قد علم أن عليه البينه، بل قد يقال بوجوبه عليه مطلقا، لأنه مقدمه للقضاء المأمور به بين المتخاصمين، و علمه بالحال لا ينافى ذلک منه.

فان لم تکن له بينه عرفه الحاکم أن له اليمين إن کان غير عالم بذلک أو مجهول الحال أو مطلقا على نحو ما سمعته فى البينه.

۱- ۱ راجع ج ۲۵ ص ۳۵۴- ۳۵۵.

و على كل حال ف لا يحلف المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعى بلا خلاف أجده هنا، بل فى الرياض قولا واحدا، و فى كشف اللثام اتفاقا لأنه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه إذ هو كما فى المسالك ليس هو على نهج الحقين السابقين من طلب الجواب و الحكم، و من ثم وقع الخلاف فيهما دونه، و الفرق أن الحق فيهما لا يغير الحكم بالنسبه إلى المدعى بل يؤكده، بخلاف تحليف المنكر، فإنه يسقط الدعوى التى قد يتعلق غرض المدعى ببقائها إلى وقت آخر، إما لتذكر

البينه أو ليتحرى وقتا صالحا لا يتجرأ المنكر على الحلف فيه و نحو ذلك، فليس للحاكم أن يستوفيه بغير إذنه.

و حكى أن أبا الحسين ابن أبى عمر القاضى أول ما جلس للقضاء ارتفع إليه خصمان و ادعى أحدهما على صاحبه دنانير فأنكره، فقال القاضى للمدعى: أ لك بينه؟ قال: لا، فاستحلف القاضى من غير مسأله المدعى، فلما فرغ قال له المدعى: ما سألتك أن تستحلفه لى، فأمر أبو الحسين أن يعطى الدنانير من خزانته، لأنه أستحيى أن يحلفه ثانيا.

و فيه أن ذلك يقتضى عدم تحليفه مع عدم رضاه لا عدمه مطلقا حتى مع قيام شاهد الحال الذى قد سمعت دعواه فى المقامين السابقين، و احتمال عدمه هنا لاحتمال تعلق غرضه ببقاء الدعوى كما ترى، بل قد يأتى فيه التعليل الآخر، و هو أن ذلك من منصب الحاكم المأمور بقطع الخصومه بين المتخاصمين، فيجب تحصيله مطلقا أو ما لم يلتمس المدعى التأخير، خصوصا بعد إطلاق

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

فالأولى الاستدلال لذلك بعد الإجماع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵ و الباب- ۲۵- منها الحديث ۳.

المزبور بظاهر النصوص(۱)الآتیه فی اشتراط الرضا الذی لا بد من العلم به، و شاهد الحال إنما یفید الظن، فتأمل.

هذا و لکن لا یخفی علیک أنه علی الأول لو تبرع هو أو تبرع الحاکم بإحلافه لم یعتد بتلک الیمین، و أعادها الحاکم إن التمس المدعی بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به غیر واحد، نعم ذکر الشهیدان و غیرهما من غیر خلاف أجده فیه أیضا بل فی مجمع البرهان نسبته إلی الأصحاب أنه لا یستقل الغریم بالیمین من دون إذن الحاکم و إن کان حقا لغیره، لأنه وظیفته و إن کان إقامه الدلیل علیه- إن لم یکن إجماع- فی غایه الصعوبه، بل لعل ظاهر الأدله الآتیه خصوصا خبر

الیهودی(۲)المشتمل علی تحلیف الوالی المعلوم کونه لیس من أهل الحکومه خلافه، و ربما یأتی إنشاء الله تتمه.

ثم المنکر إما أن یحلف أو یرد أو ینکل، فإذا حلف سقطت الدعوی فی الدنیا و إن لم تبرأ ذمته من الحق فی نفس الأمر قطعا لو کان کاذبا، فیجب علیه التخلص فیما بینه و بین ربه من حق المدعی،

قال رسول الله (صلی الله علیه و آله)(۳): «إنما أقضی بینکم بالبینات و الأیمان، و بعضکم ألحن بحجته من بعض، فأیما رجل قطعت له من مال أخیه شیئا فإنما قطعت له قطعه من النار»

و منه یعلم أن البینه الکاذبه کذلک.

نعم لا ریب فی سقوطها فی الظاهر حتی لو ظفر المدعی بعد ذلک بمال الغریم لم تحل له المقاصه لعدم حق له علیه فی الدنیا إلا أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹ و ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

یکذب نفسه کما صرح به فی کشف اللثام، و حینئذ و لو عاود المطالبه أثم و لم تسمع دعواه مع عدم البینه بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل لو أعادها عند ذلک الحاکم لنسیانه أو عند حاکم آخر و لو لنسیان المنکر و اتفق نکوله عن الیمین لم یحل له الأخذ، بل ظاهرهم ذلک أیضا فی العین المملوکه و إن کان استفاده حرمه التصرف فیها مثلا باطنا من النصوص الآتیه لا یخلو من صعوبه.

قال الصادق (علیه السلام) فی خبر ابن أبی یعفور(۱): «إذا رضی صاحب الحق بیمین المنکر لحقه و استحلفه فحلف لا حق له علیه، و ذهبت الیمین بحق المدعی، فلا حق له، قلت: و إن کانت له علیه بینه عادله؟ قال: نعم و إن أقام بعد ما استحلفه خمسین قسامه ما کان له و کان الیمین قد أبطل کل ما ادعاه قبله مما قد استحلفه علیه، قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): من حلف لکم بالله فصدقوه، و إن سألکم بالله فأعطوه، و ذهبت الیمین بحق المدعی و لا دعوی له».

و فی

خبر آخر عن الصادق (علیه السلام)(۲)«فی الرجل یکون له علی الرجل المال فیجحده، قال: إن استحلفه فلیس له أن یأخذ منه شیئا و إن ترکه و لم یستحلفه فهو علی حقه».

و قال عبد الله بن وضاح(۳): «کانت بینی و بین رجل من الیهود معامله فخاننی بألف درهم، فقدمته إلی الوالی فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف یمینا فاجره، فوقع له بعد ذلک أرباح و دراهم کثیره فأردت أن أقبض الألف درهم التی کانت لی عنده و أحلف علیها فکتبت إلی أبی الحسن (علیه السلام) فأخبرته بالقصه، فکتب: لا تأخذ منه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲ مع الاختلاف فی الألفاظ.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

شیئا، إن کان قد ظلمک فلا تظلمه، و لولا أنک رضیت بیمینه فحلفته لأمرتک أن تأخذ من تحت یدک، و لکنک رضیت بیمینه فقد مضت الیمین بما فیها»

إلی غیر ذلک من النصوص(۱).

و منها صریحا و ظاهرا یعلم أنه لو أقام المدعی بینه بما حلف علیه المنکر لم تسمع کما هو المشهور، بل عن خلاف الشیخ و الغنیه الإجماع علیه، لأنه لا حق له، فلا تکون البینه حجه له و إن کان قد قیل کما عن المفید و ابن حمزه و القاضی یعمل بها ما لم یشترط المنکر سقوط الحق بالیمین.

و قیل قیاسا علی الإقرار الواضح الفرق بینه و بین البینه و لو للنص الذی تسمعه فیه و الإجماع کما عن ابن إدریس و غیره و موضع من المبسوط إن نسی بینته أو لم یعلم بها سمعت و إن أحلف و عن المختلف أنه قواه، بل عن موضع آخر منه(۲)أنها تسمع مطلقا.

و لکن الجمیع کما تری بعد ما عرفت أن الأول هو المروی المعمول به عند المعظم، بل الظاهر أنه إجماع.

و کذا لو أقام بعد الإحلاف شاهدا و بذل معه الیمین و (۱۱) لو متعددا، بل هنا أولی (۱۲) بعد السماع، لأنه أضعف من البینه، هذا کله فی البینه.

أما لو أکذب الحالف نفسه (۱۳) بالإقرار جاز مطالبته (۱۴) بالحق و حل مقاصته مما یجده له مع امتناعه من التسلیم (۱۵) بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به غیر واحد، بل عن المهذب و الصیمری

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۸- من کتاب الایمان.

۲- ۲ أی من المبسوط.

الإجماع عليه،

لعموم «إقرار العقلاء»(۱)

المقتضى كون ذلك سببا مثبتا جديدا للاستحقاق غير ما سقط باليمين المرجح على تلك النصوص(۲)- بعد فرض تسليم اندراج الفرض فيها، ضروره كون التعارض بينهما من وجه- بما سمعت من الإجماع المعتضد بنفى الخلاف، و بخصوص

المعتبر(۳)«إنى كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه فحلف لى، ثم إنه جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذه و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح منه، و أوقفت المال الذى كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى؟ قال: فقال:

خذ نصف الربح و أعطه النصف و حلله، إن هذا رجل تائب، و الله يحب التوابين»

و أخصيه المورد تندفع بعدم القائل بالفرق، بل يمكن استفاده التعميم من سياقه سؤالا و جوابا.

و فى المحكى عن

فقه الرضا (عليه السلام)(۴)«و إذا أعطيت رجلا مالا فجحدك و حلف عليه ثم أتاك بالمال بعد مده و ربما ربح فيه و ندم على ما كان منه فخذ منه رأس مالك و نصف الربح، و رد عليه نصف الربح، هذا رجل نائب».

فما عن بعض من المناقشه فى الحكم هنا بعدم نص فيه و لا دليل يخص به أو يقيد النصوص السابقه فى غير محله بعد ما عرفت.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من كتاب الإقرار- الحديث ۲ و المستدرك- الباب- ۲- منه الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ و ۱۰ من أبواب كيفيه الحكم.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴۸- من كتاب الايمان الحديث ۳.

۴- ۴ البحار- ج ۱۰۴ ص ۲۸۸.

بل الظاهر عـدم الفرق فی الإقرار المقتضـی لـذلک بین ثبوته عنـد الحاکم و عـدمه، فلو أقر و أکذب نفسه بینه و بین المدعی ثم امتنع عن التسـلیم حل له المقاصه باطنا، بل هو کذلک أیضا و إن لم یکن بعنوان التوبه، و لعل ذلک و نحوه من التعبد المحض، کما أن منه عـدم جواز التصـرف فی العین باطنا بعـد الیمین و عـدم إکـذاب نفسه و لو بلبس و نحوه، بل لا یجوز له عتق العبد و نحوه مما لا ینافی بقاء المال فی یده، بل لا یصح الإبراء منه له، کل ذلک لعدم حق له فی المال فی الدنیا، کما هو مقتضی

قوله (علیه السلام)(۱): «ذهبت الیمین بما فیها»

و قوله (علیه السلام)(۲): «أبطل کل ما ادعاه قبله»

بـل هو مقتضـی ما سـمعته سابقا من کشف اللثام و إن کان هو- إن لم یکن إجماع أو شـهره معتـد بها تجبر دلاله النصوص علی ذلک- لا یخلو من نظر بالنسـبه إلی التصرف الذی لا یکون حقا للمدعی علی المنکر، مثل العتق و الإبراء و نحوهما مما هو لیس حقا له علیه و إنما هو تابع لأصل المالیه التی لا ریب فی بقائها بعد الحلف، فتأمل جیدا.

ثم إنه قـد یتـوهم من ظـاهر النصوص(۳)سقـوط الـدعوی بمجرد حصـول الیمیـن من المنکر من غیر حـاجه إلی إنشـاء حکـم من الحـاکم بـذلک، لکن التحقیق خلافه، ضـروره کون المراد من هـذه النصوص و ما شابهها تعلیم ما به یحکم الحاکم و إلا فلا بد من القضاء و الفصل بعد ذلک، کما أومأ إلیه ب

قوله (صلی الله علیه و آله)(۴): «إنما أقضی بینکم بالبینات

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹ و ۱۰ من أبواب کیفیه الحکم.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

و الأيمان»

بل لو أخذ بظاهر هذه النصوص و شبهها لم يحتج إلى إنشاء الحكومه من الحاكم مطلقا، ضروره ظهورها فى سقوط دعوى المدعى و ثبوت الحق بالبينه و نحوها، فتأمل جيدا.

هذا كله إذا حلف المنكر و إن رد اليمين على المدعى لزمه الحلف إن أراد تحصيل حقه بلا خلاف أجده فيه، بل للإجماع بقسميه عليه، و هو الحجه بعد النصوص المستفيضه أو المتواتره.

ك

خبر البصرى(۱)«قلت للشيخ- يعنى موسى بن جعفر (عليه السلام)-: أخبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له بينه بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فان حلف فلا حق له، و إن لم يحلف فعليه و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له- إلى أن قال-: و لو كان المدعى عليه حيا لألزم اليمين أو الحق أو رد اليمين عليه».

و صحيح ابن مسلم(۲)عن أحدهما (عليهما السلام) «فى الرجل يدعى و لا بينه له، قال: يستحلفه، فان رد اليمين على صاحب الحق فلم يحلف فلا حق له».

و صحيح عبيد بن زراره(۳)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق، فان لم يفعل فلا حق له».

و مرسل موسى المضمر(۴)قال: «استخراج الحقوق بأربعه وجوه: بشهاده رجلين عدلين، فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۴ مرسل يونس المضمر.

فان لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فان لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فان لم يحلف و رد اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فان أبى أن يحلف فلا شى ء له».

و مرسل أبان(۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى الرجل يدعى عليه الحق و ليس لصاحب الحق بينه، قال: يستحلف المدعى عليه، فان أبى أن يحلف و قال: أنا أرد اليمين عليك فان ذلك واجب على صاحب الحق أن يحلف و يأخذ ماله».

و صحيح هشام(۲)عنه (عليه السلام) أيضا «ترد اليمين على المدعى».

و خبر أبى العباس(۳)عنه (عليه السلام) أيضا «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين، فان لم يقم البينه فرد الذى ادعى عليه اليمين فأبى أن يحلف فلا حق له»

إلى غير ذلك.

نعم استثنى الأصحاب من ذلك مواضع: كدعوى التهمه أو الدعوى مطلقا بالظن بناء على سماعها، و دعوى الوصى لليتيم مالا على آخر، بل مطلق الولى له، و كدعوى الوصى مثلا على الوارث أن الميت أوصى للفقراء بخمس أو زكاه أو حج و نحو ذلك مما لا مستحق له بخصوصه فأنكر الوارث، و غير ذلك مما يتعذر فيه اليمين، لعدم كون الدعوى جزميه، أو لأن المال للغير الذى لا يثبت بيمين آخر، ففى الأول يتخير المنكر بين الحلف و النكول دون الرد الذى قد تعذر من المدعى، لعدم الجزم، و كذا الأخيران، نعم لو كان المدعى وكيلا و قد رد المنكر اليمين وقفت الدعوى حينئذ على حضور الموكل و حلفه أو نكوله.

هذا و لكن قد يناقش بظهور الأدله فى إطلاق تخيير المنكر بين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

الثلاثه، و تعذر حلف المدعی فی هذه الصور لا ینافی بقاء التخییر المقتضی سقوط حق الدعوی عنه بعدم حلفه و لو لمانع، فان وجود المانع فیه لا یرفع تخییر المنکر، ضروره سقوط أحد أفراد التخییر بالتعذر إنما هو بالنسبه إلی من له التخییر لا شخص آخر، و الفرض أن التخییر للمنکر و لا تعذر علیه، و إنما هو بالنسبه إلی المدعی، فیسقط حقه لو اتفق عدم جواز الیمین له لمانع: نذر و نحوه.

هذا بعد تسلیم عدم جواز الیمین للولی الجازم بالمدعی علیه، و إلا اتجه الرد حینئذ علیه کالمدعی لنفسه تمسکا بإطلاق الأدله الشامله له اللهم إلا أن یکون إجماع مثلا علی ذلک، و حینئذ تبقی المناقشه الأولی، و هی اقتضاء تعذر الیمین بعد ردها علیه من المنکر سقوط الدعوی بالنسبه إلیه، لصدق أنه لم یحلف، نعم لا تسقط بالنسبه إلی الطفل بعد بلوغه و رشده.

و قد تدفع أصل المناقشه بدعوی ظهور النصوص فی أن التخییر المزبور للمنکر بین الثلاثه إنما هو فی المدعی لنفسه جازما، أما فی مثل الفرض فلا دلیل علی أن له الرد فیه، و حینئذ یتعین علیه الحلف أو النکول المقتضی لأداء الحق، بل عرفت فی الدعوی الظنیه احتمال حبسه و إلزامه بالحلف أو الإقرار، لعدم جواز تناول المدعی المال بنکوله بعد فرض کونه ظانا فی أحد الوجهین مؤیدا ذلک بظهور المفروغیه من الاستثناء المزبور عند الأصحاب.

ثم إنه قد ذکر غیر واحد منهم أن الیمین المردوده إذا وقعت من المدعی فهل هی بمنزله البینه أو بمنزله الإقرار؟ و قالوا فیه قولان:

بل عن فخر المحققین أن الأول قواه الأکثر و إن استبعده فی الدروس، و لعل وجهه أن الذی یطلب من المدعی البینه، و الیمین المردوده قامت

مقامها فی الإثبات، کما أن وجه الثانی إشعار رد المنکر علی المدعی و امتناعه عن الیمین باعترافه بالحق، علی أن ثبوته بها قد جاء من قبل رده، فهو فی الحقیقه منه، فکان کإقراره.

و قد فرعوا علی ذلک فروعا کثیره متفرقه فی أبواب الفقه:

(منها) أن المدعی علیه إذا أقام بینه علی أداء المال أو علی الإبراء عنه بعد حلف المدعی فان قلنا یمینه کبینته سمعت بینه المدعی علیه، و إن جعلناها کإقرار المدعی علیه لم تسمع، لأنه مکذب لبینته. و (منها) احتیاج الثبوت بها إلی حکم الحاکم علی الأول بخلاف الثانی، بناء علی ما ذکروه من عدم الاحتیاج فیه إلی حکم الحاکم.

و فیه- بعد وضوح الضعف لما سمعته من دلیلها- أن ذلک فرع ما یقتضی انحصار حق المدعی بأحدهما لا غیر، و هو ممنوع، و من هنا اتجه جعلها قسما مستقلا برأسه، و یرجع حینئذ حکم ما ثبت بها بالنسبه إلی ذلک و نحوه إلی الأصول و القواعد و غیرهما من الأدله التی لا ریب فی اقتضاء کونه بحکم البینه تاره و بحکم الإقرار أخری، و خروجه عنها ثالثه، کما جزم بذلک بعض متأخری المتأخرین.

و حینئذ فالحکم فی الفرع الأول السماع، لعموم قبول البینه بعد ما عرفت من اختصاص الأحکام المزبوره بیمین المنکر لا مطلقا، لکن استظهر الأردبیلی العدم، لظهور إقدامهما علی ذلک، و لظهور الأدله فی السقوط بها کالیمین من المنکر، و هو لا یخلو من وجه.

و فی الثانی عدم التوقف بناء علی أن التوقف علیه مخالف للأصل و إن کان لا یخلو من نظر، لأن الأصل عدم ثبوت الحق، اللهم إلا أن یستند إلی إطلاق الأدله المزبوره، و هو مع أنه غیر الأصل المزبور فی معرض بیان سبب حکومه الحاکم نحو ما سمعته فی یمین المنکر، لا أن

المراد ثبوت الحق بمجرد وقوعه و إن لم ينشأ الحاكم الحكم، و إلا كان ذلك مقتضى أدله البينه أيضا و غيرها، و هو معلوم الفساد.

و كيف كان فلا ريب في ظهور الأدله المزبوره (في ظ) ما أطلقه المصنف و غيره من أنه لو نكل سقطت دعواه بل الظاهر الإجماع عليه- في ذلك المجلس، بل عن الإيضاح اتفاق الناس على ذلك.

و إنما الكلام في سماعها منه في مجلس آخر و ظاهر المصنف و غيره، بل هو صريح جماعه سقوطها مطلقا، بل عن الكفايه لا أعرف فيه خلافا، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه، بل عن المصنف دعوى الإجماع عليه صريحا، بل لعله ظاهر الفاضل في موضع من القواعد أيضا.

هذا و لكن مع ذلك كله قال في المسالك و بعض من تأخر عنها: «إنه يسأله القاضي إذا امتنع عن سبب امتناعه، فان لم يعلل بشي ء أو قال لا أريد أن أحلف فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين، و ليس له مطالبه الخصم بعد ذلك و لا استئناف الدعوى في مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، لظاهر النصوص السابقه خصوصا الصحيحين(۱)مضافا إلى أنه لو لا ذلك لرفع خصمه كل يوم إلى القاضي و الخصم يرد اليمين عليه و هو لا يحلف، و هو مناف لمنصب القضاء الذي هو الفصل بين المتخاصمين، و إن ذكر المدعي لامتناعه سببا فقال: أريد أن آتي بالبينه أو أسأل الفقهاء أو أنظر في الحساب و نحو ذلك ترك و لم يبطل حقه من اليمين، و هل يقدر إمهاله؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا يقدر، لأن اليمين حقه، و له تأخيره إلى أن يشاء كالبينه بخلاف المدعى عليه، فإنه لا يمهل إن استمهل، لأن الحق فيه لغيره».

و فيه- مضافا إلى ما عرفت- أن ظاهر النصوص السابقه يقتضي

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱ و ۲.

سقوط حقه مطلقا متى رد عليه اليمين التى طلبها من المنكر و أبى عن وقوعها فى ذلك المجلس، و دعوى أن المتبادر و المنساق منها ما لم يذكر عذرا مسموعا أو ما لم يأت ببينه و لو فى مجلس آخر واضحه المنع.

و من ذلك كله يعلم ما فى المحكى عن المفيد و أبى الصلاح و الفاضل فى التحرير و الشهيدين و الكاشانى من عدم سقوط دعواه إذا جاء ببينه، بل فى الروضه نسبته إلى المشهور و إن كنا لم نتحققه، بل لعل المحقق خلافه.

و أضعف منه ما عن ظاهر المبسوط و موضع من القواعد من أن له إعاده الدعوى فى غير المجلس و لو مع عدم البينه، و عن بعض التفصيل بين حكم الحاكم عليه بالنكول و عدمه فلا- يطالب فى الأول و يطالب فى الثانى، إذ الجميع كما ترى بعد ما عرفت.

مضافا إلى احتمال عدم البحث من أصله بعد فرض التماس المنكر الحكومه و قد حكم، فإنه لا دعوى حينئذ، و لا وجه لإعادتها بعد انقطاعها، كما هو واضح، و مع عدم الحكم يتجه السماع مطلقا.

لكن قد يقال: المراد بيان أن حكم الحاكم يكون على هذا الوجه نحو حكومته على الغائب، و إن كان يرد عليه حينئذ أن ظاهر أدله المقام بناء على إراده تعليم كيفيه القضاء اقتضاء كون القضاء من الحاكم فى مثل هذا النظم من الدعوى بأنه لا حق له و لا شى ء له بعد صدق إبائه عن الحلف مطلقا من غير فرق بين المجلس و غيره، و وجود البينه و عدمها، و حكم الحاكم بنكوله و عدمه.

و على كل حال فقد بان لك ضعف الأقوال المزبوره التى لا أثر لها فى شى ء من النصوص، بل ظاهرها خلافها بعد الإغضاء عن المراد بالمجلس الظاهر فى محل الدعوى، و يحتمل إراده إنشاء الدعوى الأول و هما معا كما ترى، و كذا التفصيل بالبينه و عدمها و غيره مما سمعت الذى

هو مجرد اقتراح فی النصوص بلا شاهد، بل لعل التأمل الجید یشهد بخلافه، و من الغریب تصریح بعضهم بأن عدم الحلف من المدعی بعد الرد کیمین المنکر فی الحکم ثم الحکم بعد ذلک بسماع البینه فی ذلک المجلس أو مطلقا، فلاحظ و تأمل.

و لو ردت علیه الیمین فذکر أن دعواه ظنیه- و إن کان قد أبرزها بصوره الجزم- أو أن المال لغیره فإن أمکنه إثبات ذلک لم یرد علیه، و إلا حلف المنکر علی نفی ذلک و قضی علیه بالنکول، بل لو بذل الیمین بعد ذلک لم یسمع إلا فی الأول مع احتمال تجدد العلم له و إن لم یحلف المنکر کان له رد الیمین علیه. و بالجمله تجری علیه أحکام الدعوی، و الله العالم.

و إن نکل المنکر بمعنی أنه لم یحلف و لم یرد قال الحاکم: إن حلفت أو رددت و إلا جعلتک ناکلا و یکرر ذلک ثلاثا استظهارا لا فرضا علی ما ذکره الأصحاب، کما فی الکفایه مؤمیا إلی أنه إن لم یکن إجماع ففیه نظر، و هو کذلک بل من وجوه، خصوصا بعد ذکرهم نحو ذلک فی نکول المدعی، و خصوصا بعد أن لم یکن النکول عنوانا لما عثرنا علیه من النصوص، و خصوصا بعد تحققه بالامتناع الأول منه من غیر حاجه إلی جعل الحاکم.

و علی کل حال فإن أصر قیل و القائل الصدوقان و الشیخان و الدیلمی و الحلبی و غیرهم یقضی علیه ب مجرد النکول.

و قیل و القائل الشیخ و الکاتب و القاضی و ابنا حمزه و إدریس و الفاضل و الشهیدان علی ما حکی عن بعضهم یرد الیمین علی المدعی فان حلف ثبت حقه و إن امتنع سقط حقه، بل فی المسالک نسبته إلی سائر المتأخرین، و فی الریاض إلی کثیر من القدماء، بل عن الخلاف

و الغنیه الإجماع علیه.

و لکن مع ذلک الأول أظهر عند المصنف، بل قال و هو المروی ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»

و التفصیل قاطع للشرکه، و الرد إنما جاء من قبل الراد لا بأصل الشرع، فهو مخصوص بما إذا اختاره للنصوص(۲)لا مطلقا.

و صحیح ابن مسلم(۳)سأل الصادق (علیه السلام) «عن الأخرس کیف یحلف؟ قال: إن أمیر المؤمنین (علیه السلام) کتب له الیمین و غسلها و أمره بشربها فامتنع، فألزمه بالدین»

و ظاهره عدم رد الیمین و إلا لنقل أو لزم تأخیر البیان عن وقت الخطاب بل الحاجه، بل ظاهر الفاء تعقیب ذلک للامتناع بغیر مهله تخلل الیمین، و فعله (علیه السلام) حجه کقوله.

و خبر عبد الرحمن(۴)المتقدم سابقا المعمول علیه بین الأصحاب فی الیمین مع البینه فی الدعوی علی المیت.

و لأن ظاهر الإحلاف أنه حق المنکر، فلا یستوفی إلا بإذنه، کما أنه لا یحلف المنکر إلا بإذن المدعی، و لأنه کنکول المدعی عن الیمین التی هی لیست إلا یمین المنکر فنکوله عنها إن لم تکن أولی فی تسبیب القضاء به فهو مساو.

لکن قد یناقش بأن أقصی دلاله الأول علی أن جنس الیمین علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵ و الباب- ۲۵- منها الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب کیفیه الحکم.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

المنکر و أنه وظیفته، و لا دلاله فیه علی حکم النکول، بل و لا منافاه بینه و بین الرد منه أو من الحاکم القائم مقامه.

و بـالقطع بعـدم إراده ظاهر الثانی، ضـروره اشتراط الحکم بنکوله عن رده أیضا، فلا بـد فی إصـلاحه حینئـذ من تقـدیر، و التزام کونه موافقا لـذلک لیس بأولی من جعله مخالفا له، و الحاجه هی تعلیم کیفیه حلف الأخرس لا کیفیه الحکم فی الدعوی مطلقا، علی أنه قضیه فی واقعه لا عموم فیها و موقوف علی العمل به، و المشهور عدم العمل به، بل هو مناف لما أطبق علیه الجمهور من حکایه خلافه عن علی (علیه السلام).

و بأن خبر عبـد الرحمن مع موافقته للعامه لا جابر له فی المقام و إن تلقاه الأصـحاب بالقبول فی غیره، علی أنه فی الفقیه أبدل «و إن لم یحلـف فعلیه» بقوله: «و إن رد الیمین علی المـدعی فلم یحلف فلاـ حق له» فلاـ دلاـله فیه، و اختلاـف متنه بـذلک موجب للتزلزل فیه.

علی أنه یجری فیه مـا سـمعته من المنـاقشه فی الصـحیح السـابق من عـدم القائل بإطلاقه، فلا بـد من تقییـده إما بالنکول عن الرد أیضا- کما هو مناط الاسـتدلال- أو بما إذا رد الیمین علی المدعی و حلف، و لیس بمرجوح بالإضافه إلی الأول، بل لعله أرجح بملاـحظه غیره من النصوص الـداله علی ذلـک، خصوصـا مرسل یونس(۱)السابق المتضـمن جعل یمین المـدعی بعـد الرد أحد الأربعه التی یستخرج بها الحقوق.

بـل لعـل التـدبر فیمـا تضـمنه یقتضـی کون المراد من الخبر الأـول، فـان لم یحلف و رد الیمین علی المـدعی و حلف فعلیه- أی المنکر- الحق، ضروره ظهور المضمر فی کون المرکب السبب فی ذلک، فیعارض ما هو ظاهر الخبر الأول من کون تمام السبب عدم الحلف، إذ لا معنی لجعله

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۴.

جزء تاره و تمام السبب أخرى، فيحمل الأول حينئذ على الثانى.

و ربما يؤيد ذلك قوله (عليه السلام) متصلا به بعد تأليفه مما فى الفقيه و غيره لأنه خبر واحد: «و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له» متكلا على بيان صوره ما إذا رد و حلف على

قوله (عليه السلام): «و إن لم يحلف»

فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع.

بل قد يناقش فيه أيضا بإجمال مرجع ضمير «عليه» فيه و المبتداء المقدر، إذ كما يحتمل أن يكون المنكر و أن المبتداء المقدر الحق كما يدعيه الخصم يحتمل المدعى و أن المبتداء المقدر الحلف، بل يمكن إراده غير المال من الحق أيضا، بمعنى أن عليه حق الدعوى و لم تنقطع عنه بمجرد نكوله، بل ربما وجب عليه المال بذلك إذا رد اليمين على المدعى فحلف و لو من الحاكم.

و بأن فى ذيله تأييدا للقول الثانى، و هو

قوله (عليه السلام):

«و لو كان- أى المدعى عليه- حيا لألزم باليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه»

بصيغه المجهول على ما حكاه فى الرياض عن تهذيب معتبر مصحح عنده مضبوط، قال: «و به صرح بعض الفضلاء» و حينئذ لا وجه للعدول عن عطفه على الأول بلفظ «رد اليمين» إلا التنبيه على عدم انحصار الرد فى المنكر و إمكان كونه غيره، و ليس إلا الحاكم، فتأمل.

و بإمكان المنع لحقيه المنكر الإحلاف، على أن الإحلاف هنا ليس إلا لمصلحه المنكر بانقطاع الدعوى عنه، فربما جاز بدون إذنه، مضافا إلى معلوميه ولايه الحاكم على كل ممتنع، فيقوم مقامه حينئذ فى الرد الذى يمكن نكول المدعى معه، فيسقط حقه، و من هنا وجب على الحاكم تعرف عدم حصول مسقط الحق بذلك، و القياس مع بطلانه عندنا غير تام، للفرق بعدم فرد آخر للمدعى يصلح للحاكم من يقوم مقامه فيه مع نكوله

عنه بخلافه فى المقام، فان له الرد الذى نكل عنه.

و كيف كان فوجوب تعرف الحاكم المسقط مع الاحتياط و أصاله عدم ثبوت الحق إلا به و الإجماع المحكى و صحيحى عبيد بن زراره(۱)و هشام(۲)السابقين و المحكى من فعل النبى (صلى الله عليه و آله) أنه رد اليمين على المدعى(۳)و

قوله (صلى الله عليه و آله): «المطلوب أولى باليمين من الطالب»(۴)

المقتضى اشتراكهما فى اليمين و إن كان المطلوب أحق، و قوله تعالى(۵)«تُرَدَّ أَيْمانٌ بَعْدَ أَيْمانِهِمْ» الظاهر فى مشروعيه اليمين المردوده دليل الخصم.

و لكن فى الجميع أيضا نظر، إذ لا دليل على قيام الحاكم مقام الممتنع فيما امتنع عنه مما هو عليه فيما هو له، ضروره أن الرد هنا حق له لا عليه، و قد امتنع منه كى يقوم الحاكم مقامه، على أنه لا دليل على عموم ولايته بحيث يشمل الفرض، و لا يجب عليه تعرف المسقط.

و الاحتياط معارض بمثله فيما لو فرض امتناع المدعى عن الحلف بعد الرد من الحاكم، خصوصا إذا كان تعظيما لله تعالى، على أن الأصل براءه ذمه الحاكم من التكليف بالرد، و المدعى من التكليف باليمين، و أصاله عدم توجه اليمين على غير المنكر، و عدم كونها حجه للمدعى، و عدم كون النكول عنها حجه عليه، و عدم صحه تعرف الحاكم الرد، و عدم جوازه من حيث إنه حق للمنكر.

و الإجماع المحكى- مع أنه موهون بمصير من عرفت إلى خلافه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳.

۳- ۳ سنن الدار قطنى ج ۴ ص ۲۱۳.

۴- ۴ سنن الدار قطنى ج ۴ ص ۲۱۹.

۵- ۵ سوره المائده: ۵- الآيه ۱۰۸.

خصوصا من تقدم على حكايه- محتمل لإراده بيان أصل مشروعيه رد اليمين فى مقابله المحكى عن أبى حنيفه و غيره ممن لم يشرع ردها بحال، فإنه اللائق بدعوى أن على ذلك إجماع الفرقه و أخبارهم، بل لعله الظاهر من عبارتى الخلاف و الغنيه المحكى فيهما خلاف أبى حنيفه، فلاحظ و تأمل.

بل ليس فى صحيح هشام(۱)و عبيد(۲)و المحكى من فعل النبى (صلى الله عليه و آله)(۳)و قوله(۴)إلا- بيان ذلك، و هو غير محل البحث، أى الرد

المخصوص، بل لعل استدلال الشيخ بالآيه(۵)التى هى قضيه فى واقعه خارجه عما نحن فيه، بل بعيده الشبه به، كالصريح فى إراده بيان أن فى الشرع يمينا مردوده فى مقابل قول أبى حنيفه المزبور، لا فيما نحن فيه.

و بذلك كله ظهر لك أن أدله الطرفين محل نظر، و أنه ليس فى النصوص تعرض لتعليم القاضى فى خصوص الفرض القضاء و أنه بالنكول أو بالرد من الحاكم.

نعم قد يقال: إنه بعد فرض الإجماع المركب على انحصار القضاء فى الفرض بأحد الأمرين و أن اختيار أمر ثالث- من تخيير الحاكم بين الرد و القضاء و بين القضاء بالنكول أو بإلزام المنكر على اختيار أحد الثلاثه و لو بحبسه على ذلك، كما عساه أومأ إليه ذيل خبر البصرى(۶)أو غير ذلك- خرق للإجماع المزبور يتجه القول حينئذ إنه يرد اليمين منه على المدعى، لأصاله عدم ثبوت الحق بدونه، و لظهور حصر استخراج

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۳- ۳ سنن الدار قطنى- ج ۴ ص ۲۱۳.

۴- ۴ سنن الدار قطنى- ج ۴ ص ۲۱۹.

۵- ۵ سوره المائده: ۵- الآيه ۱۰۸.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

الحقوق فی مضمر یونس(۱)بالأربعه، و مجرد النکول خارج عنها، بل لعل النصوص المستفیضه أو المتواتره الداله علی انحصار کیفیه القضاء بین الناس بالبینات و الأیمان تقتضی ذلک.

ففی خبری سلیمان بن خالد(۲)و محمد بن قیس(۳)و

مرسل أبان ابن عثمان(۴)«أن نبیا شکی إلی ربه القضاء فقال: کیف أقضی بما لم تر عینی و لم تسمع اذنی؟ فقال: اقض بینهم بالبینات و أضفهم إلی اسمی یحلفون به»

و فی الأخیر منهما أن الله أوحی إلی داود (علیه السلام) ذلک أیضا، و فی

خبر هشام بن الحکم(۵)عنه (علیه السلام) أیضا «أن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قال: إنما أقضی بینکم بالبینات و الأیمان».

و احتمال إراده القضاء بالأیمان و لو من حیث النکول عنها خلاف الظاهر منها، و خروج القضاء بنکول المدعی عن ذلک لدلیله لا ینافی التقسیم المزبور، بل لعل النصوص الکثیره الوارده فی ترجیح البینات عند التعارض بالیمین(۶)ظاهره فی ذلک أیضا، بل لعل سبر أدله القضاء یشرف الفقیه علی القطع بأن الأصل فی القضاء ذلک، و أنه لا قضاء بدون ذلک إلا ما خرج من نکول المدعی الذی قد عرفت قیام البحث فی أن القضاء بالسقوط به فی المجلس أو مطلقا مع عدم البینه أو عدم الحکم بالنکول أو مطلقا کما عرفت.

و حینئذ فلا مناص بعد فرض الإجماع المرکب المزبور عن ذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم.

و لعله لـذا جزم ابن إدريس بأن القول بالقضاء بمجرد نكول المنكر من دون حلف المـدعى اشـتباه و خطأ محض، بل قد يحتمل كلام القائلين به إراده تسبيب نكول المنكر لزوم الحق و لو باقتضائه حلف المدعى بعد الرد عليه من الحاكم.

بـل لعله ظـاهر المحكى عن ابن زهره منهم، فـإنه بعـد أن اختـار فى المقام القضاء برد اليمين على المـدعى قال بعـد ذلك بورقه تقريبا: «و إن نكل المدعى عليه عن اليمين لزمه الخروج عن حق خصمه فيما ادعاه» و هو لا يتم إلا بما ذكرناه.

و على كل حال ف لو بـذل المنكر يمينه بعد الحكم ب النكول لم يلتفت إليه بناء على القضاء به بلا خلاف أجده فيه و فى عدم الالتفـات إليه أيضـا بعـد إحلاـف الحـاكم المـدعى على القول الثـانى، كمـا اعترف به فى الريـاض لتماميه الأمر و ثبوت الحق و حصول الفصل بسبب القضاء عليه حينئـذ بعد الأدله التى سـمعتها من الطرفين التى لا يعارضـها إطلاق ما دل على أن اليمين عليه بعـد تقييـدها به، بـل فى الريـاض دعوى اختصـاصه بحكم التبـادر و غيره بيمينه قبـل الحكم عليه بنكول أو إحلاف المـدعى برد اليمين عليه و لو من الحاكم.

نعم فى الريـاض «هـذا إذا كـان الحكم عليه بنكـوله بعـد عرض حكمه عليه و لـو مره، و لـو قضـى بنكوله من غير عرض فـادعى الخصم الجهل بحكم النكول ففى

نفوذ القضاء إشكال من تفريطه، و ظهور عذره، و لعل الثانى أظهر، و بالأصل أوفق».

قلت- بعـد الإغضـاء عن قوله: «و لو مره» المشـعر بإراده العرض لتحقيق النكول لا تفهيم الحكـم-: ليس فى شـى ء مما وصل إلينا من الأدله وجوب العرض عليه بمعنى إعلامه حكم النكول، و الأصل البراءه،

فلا وجه لنقض الحكم حينئذ مع العلم بحاله فضلا عن دعواه الجهل، خصوصا بعد ملاحظه الاستصحاب و غيره.

بل و لا يجب العرض عليه بالمعنى السابق مره و إن صرح بوجوبها بعضهم فضلا عن تكرار ذلك عليه ثلاثا للاستظهار و إن ذكره المصنف و غيره، بل لعل الموجود فيها خلافه، و هو القضاء باليمين أو برده أو بالنكول عنه فى المدعى و المنكر و نحو ذلك مما يقتضى عدم عذريه الجهل بذلك موضوعا و حكما فضلا عن دعواه.

و من هنا استظهر فى كشف اللثام أنه لا يجب إلا الأمر بالحلف لا قوله: «إن حلفت و إلا جعلتك ناكلا» و لا مره، للأصل.

و لو بذلها قبل حلف المدعى اليمين المردوده فالمتجه جوازه، للأصل من غير فرق بين كون الرد منه أو من الحاكم، و احتمال أن ذلك مقتض لإسقاط حقه من اليمين فلا يعود لا دليل عليه، بل ظاهر الأدله خلافه و إن قال الحاكم له: احلف فضلا عن إقباله عليه بوجهه، خصوصا مع رضا المدعى بذلك خلافا للفاضل فى التحرير فجعل قول الحاكم له: احلف كالقضاء بالنكول.

هذا و فى الرياض أيضا «أن المستفاد من عبائر الجماعه عدا الماتن فى النافع عدم الالتفات إلى اليمين المبذوله بعد النكول لا بعد الحكم به، و هو مشكل، و لهذا اعترضهم المقدس الأردبيلى فقال: هو فرع ثبوت الحق بالنكول فورا، و لا دليل عليه، و هو حسن إلا أن احتمال مسامحتهم فى التعبير و إرادتهم ما هنا أى الحكم بالنكول قائم».

قلت: لا ريب فى بعد الاحتمال المزبور، بل الظاهر كون المراد من عباره النافع هو تحقيق كونه ناكلا لا الحكم به نفسه، أو الحكم عليه بالحق بمقتضى نكوله، فإن الأول ليس من مورد الحكم على الظاهر،

و الثانی مفروغ منه لیس محلا للتنبیه، نعم لعل وجهه ما أشرنا إلیه من تحقق سبب الحکومه و حصول میزانها المقرر شرعا عند القائل به، نحو نکول المدعی عن الیمین المردوده علیه. و بذلک یندفع ما حکاه عن المقدس الأردبیلی، کما أنه مما ذکرناه یعلم النظر فیما فی کشف اللثام حتی فیما حکاه فیه عن التحریر و الدروس، فلاحظ و تأمل.

و لو کان للمدعی بینه لم یقل الحاکم أحضرها بمعنی عدم جواز ذلک له، کما عن المبسوط و المهذب و السرائر لأنه حق له إن شاء جاء به و إلا فلا، إذ قد یرید الیمین.

و قیل کما عن الشیخین و الدیلمی و الحلبی و القاضی فی أحد قولیه یجوز له ذلک بل فی الریاض نسبته إلی أکثر المتأخرین، بل فی المسالک إلی أکثر أصحابنا، للأصل بعد فرض کون المراد من الأمر الاذن و الاعلام لا الوجوب و الإلزام و هو حسن.

و لکن فی القواعد و المختلف و الدروس التفصیل بین علم الحاکم بمعرفه المدعی بکون المقام مقام بینه فالأول؛ و جهله بذلک فالثانی، و الأولی حمل القول الأول علی إراده الوجوب من الأمر علی وجه الإلزام به، کما هو مفاد دلیله، و لا ریب فی عدم جواز ذلک، ضروره عدم وجوبه علیه، لإمکان إرادته الیمین، بل له إسقاط الدعوی من أصلها، و الثانی علی إراده الجواز و الاعلام من الأمر، و لا ریب فی جوازه، للأصل و غیره، و بذلک یکون النزاع لفظیا.

بل منه أیضا یعلم ما فی التفصیل الذی مرجعه إلی بیان أصل الحکم شرعا، و هو لا مدخلیه له فیما نحن فیه، کما لا مدخلیه فی أصل بیان الحاکم الحکم بأن علی المدعی البینه و علی المنکر الیمین و نحو ذلک مما هو بیان و تعرف لمیزان القضاء المقرر شرعا، و هو واضح.

و كيف كان ف مع حضورها ففى المتن و غيره لا يسألها الحاكم ما لم يلتمس المـدعى لأنه حقه، فلا يتصـرف فيه من غير إذنه، و إن كان يكفى فى سؤاله أن يقول إذا أحضـرها: هـذه بينتى أو شـهودى أو نحوهما، بل قـد يقال بالاكتفاء بشاهد الحال، بل قد يقال: إن ذلك حق للحاكم، فلا يتوقف على الاذن مطلقا كى يحتاج إلى الدلاله عليه بشاهد الحال و نحوه.

و على كل حال فإذا أراد سؤالها ففى القواعد «قال: من كانت عنده شـهاده فليذكر إن شاء، و لا يقول لهما اشهدا» و لعله لأنه أمر لهما بالشـهاده، و قد لا تكون عندهما شـهاده، و ربما توهما بذلك أن عليهما الشهاده و إن لم يعين بالحال. نعم له أن يقول: من كـانت عنـده شـهاده فليشـهد و لاـ يكتم شـهادته و نحو ذلـك، لأنه أمر بالواجب و نهى عن المحرم، و فيه أن مثل ذلك خطاب عرفى يراد منه الشهاده و إن كانت عندهما، و احتمال توهمهما لا يقدح بعد فرض ظهور الخطاب فى ذلك، كما هو واضح.

و مع الإقامه بالشـهاده قيل لا يحكم إلا بمسأله المدعى أيضا لأن ذلك حق له، و ربما كان له غرض فى عدم الحكم، و لو فرض جهـل المـدعى بتوقف حكم الحـاكم على طلبه بينه له، لكن قـد يقال: إن له الحكم و إن لم يسأله المـدعى، لأن ذلك منصبه و وظيفته كمـا عرفته فيما سبق، و مفروض المسأله عـدم رفع يـد المـدعى عن دعواه، و لكن لم يخطر فى باله الاذن و لو لجهل أو غفله، و حينئذ فلا ريب فى اقتضاء إطلاق الأمر(۱)بالحكم بين الناس عدم التوقف على الاذن كما هو واضح.

و على كل حال ف بعد أن يعرف عداله البينه على

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۵۸ و سوره المائده: ۵ الآيه ۴۲ و سوره ص: ۳۸ الآيه ۲۶.

وجه تکون صالحه لإثبات الدعوی یقول للخصم هل عندک جرح و فی وجوب ذلک إشکال فإن قال: نعم و سأل الانظار فی إثباته أنظره لإمکان صدقه، و ل

قول علی (علیه السلام) لشریح(۱): «و اجعل لمن ادعی شهودا أمدا بینهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه و إن لم یحضرهم أوجبت علیه القضیه»

إلا أنه کما تری لا تعیین فیه لمده الانظار التی قدرها فی المبسوط و غیره ثلاثا بل لا أجد فیه خلافا بینهم من دون تفصیل بین بعد المسافه و قربها، مع أن ظاهر المرسل المزبور کون الأمد بحیث یمکن إتیان البینه فیه، کما هو ظاهر النافع.

و احتمل فی کشف اللثام تنزیل الإطلاق المزبور من المصنف و غیره علی ما إذا لم یدع بعد مسافه البینه بحیث لا تحضر فی ثلاثه أیام، قال:

«و إذا کان کذلک أنفذ الحاکم حکمه، و الخصم علی حجته إذا أثبت الفسق».

و فیه أن المرسل المزبور غیر جامع لشرائط الحجیه، و إطلاق الأدله یقتضی تحقق میزان القضاء، و لکن التأخیر ثلاثه أیام لقاعده لا ضرر و لا ضرار بعد فتوی الأصحاب بذلک، و بقاء الخصم علی حجته مناف للقضاء الذی هو الفصل، و لعله لذا کان ظاهر المصنف و غیره اعتبار دعوی الخصم وجود الجارح فی الانظار، فلو أراده حینئذ لاحتمال حصوله لم ینظر، و لیس هو إلا لتحقق میزان القضاء، هذا کله فی بینه الجرح، و أما بینه الدعوی فی غیره فستسمع الکلام فیها إنشاء الله.

و کیف کان فان تعذر الجرح مده الإنظار حکم علیه بعد سؤال المدعی أو مطلقا کما عرفت، لکن عن المبسوط استحب أن یقول للمدعی علیه: قد ادعی علیک کذا و شهد به علیک کذا و کذا و أنظرتک جرح الشهود فلم تفعل فیها أنا ذا أحکم علیک لیتبین أنه حکم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضی- الحدیث ۱.

بحق، و الأمر سهل.

و لا يستحلف المدعى مع البينه القابله لإثبات الحق بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

خبر محمد بن مسلم(۱)«سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا»

و خبر أبى العباس(۲)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين»

خلافا لبعض العامه و إن وافقه ما فى

الخبر(۳)من وصيه على (عليه السلام) لشريح «و رد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذلك أجلى للعمى و أثبت للقضاء»

لكنه ضعيف قاصر عن معارضه ما عرفت، بل يمكن حمله على ما تسمعه من الصور المستثناه أو على ضرب من الندب مع رضا المدعى و طلب المدعى عليه أو غير ذلك، على أن المروى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)(۴)أنه اشترط على شريح أن لا ينفذ قضاء إلا بحضرته.

و على كل حال فلا ريب فى الحكم المزبور إلا أن تكون الشهاده على ميت فيستحلف على بقاء الحق فى ذمته استظهارا لازما فى الإثبات بالبينه بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، كما اعترف به غير واحد، بل فى الروضه هو موضع وفاق، و فى المسالك تاره نسبه إلى الشهره من غير ظهور مخالف، و أخرى إلى الاتفاق، لكن ظاهره أخيرا الشك فى الإجماع، بل لم تصدر الوسوسه فى ذلك إلا منه، و تبعه الأردبيلى (رحمه الله) نعم قد خلت عنه كثير من كتب القدماء كالمقنعه و الانتصار و النهايه و الخلاف و الوسيله و الكافى و المراسم و الغنيه و السرائر و جامع الشرائع، بل قيل لم يصرح به أحد قبل المصنف غير الشيخ، إلا أن ذلك غير قادح فى تحصيل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱.

الإجماع على بعض طرقه المقرره فى الأصول، و لذا حكاه الصيمرى عليه هنا، فلا ريب فى الاستدلال به بناء على حجيه مثله.

على أن الأصل فى ذلك

قوى عبـد الرحمن بن أبى عبـد الله(۱)الـذى رواه المحمـدون الثلاثه المنجبر بما عرفت قال: «قلت للشـيخ يعنى موسـى ابن جعفر (عليهما السـلام)- كما عن الفقيه- أخبرنى عن الرجل يـدعى قبل الرجل الحق فلا يكون له البينه بماله. قال: فيمين المدعى عليه، فـان حلف فلاـ حق له، و إن لم يحلف فعليه- كما فى الكافى و التهـذيب، و أبـدل فى الفقيه قوله: «و إن لم» إلى آخره بقوله: «و إن رد اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له»

- فـان كـان المطلوب بـالحق قـد مات فأقيمت عليه البينه فعلى المـدعى اليمين بالله الـذى لا إله إلا هو لقـد مات فلان و أن حقه لعليه، فـإن حلف و إلاـ فلا حق له، لأنا لا نـدرى لعله قـد وفاه ببينه لا نعلم موضـعها أو بغير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البينه، فإن ادعى و لا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه

ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه فمن ثم لم يثبت له عليه حق».

و صحيح الصفار(۲)الـذى رواه الثلاثه أيضا «كتب محمـد بن الحسن الصـفار إلى أبى محمـد الحسن بن على (عليه السـلام) هل تقبل شـهاده الوصـى للميت بـدين له على رجل مع شاهد آخر عدل؟ فوقع (عليه السـلام) إذا شـهد معه آخر عدل فعلى المدعى اليمين (يمين خ ل) و كتب إليه أ يجوز للوصـى أن يشـهد لـوارث الميت صـغيرا أو كـبيرا بحق له على الميت أو على غيره و هو القابض للوارث الصغير و ليس للكبير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من كتاب الشهادات- الحديث ۱.

(الكبير خ ل) بقابض؟ فوقع (عليه السلام) نعم، و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم شهادته، و كتب إليه أو تقبل شهاده الوصى على الميت بدين مع شاهد آخر؟ فوقع (عليه السلام) نعم من بعد يمين».

و المناقشه فى الأول بضعف السند، و باحتمال غير الامام من الشيخ و غير الشاهدين من البينه، و بأن ظاهره وجوب اليمين المغلظه بناء على ظهور لفظ «عليه» فى الوجوب، و لا قائل به و إلا فلا يدل على المطلوب، و يمكن حمله على التقيه أو الاستحباب و فى الثانى بأنه مكاتبه و باشتماله على ما هو مخالف للقواعد و معارض ب

صحيحه الآخر(۱)«كتب إليه (عليه السلام) أيضا رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، يجوز للكبار أن ينفذوا و يقبضوا (و يقضوا خ ل) ديونه لمن صح (ممن صح خ ل إن صح خ ل) على الميت بشهود عدول قبل أن يدركوا الأوصياء الصغار، فوقع (عليه السلام) نعم على الكبار (الأكابر خ ل) من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك»

لا تستأهل ردا.

إنما الكلام فى ظهور النص و الفتوى فى أصل اعتبار اليمين مع البينه فى ثبوت الحق على وجه متى تعذر أحدهما سقط، أو أن ذلك مخصوص فيما إذا كان المدعى صاحب الحق لا وصيه أو وارثه، لم أجد تحرير ذلك فى كلامهم.

و لكن فى بعض كتب المعاصرين حكايه الأول فى بعض أفراد الفرض و إن اختار هو الثانى، فإنه بعد أن فرض المسأله فيما لو ادعى وارث ميت على ميت آخر و اختار عدم اليمين على البت عليه، قال: «لأن الدليل إنما يدل على ثبوت اليمين على نفس المدعى، فيبقى ما عداه على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۰- من كتاب الوصايا- الحديث ۱.

الأصل، و أقصى ما يتوجه عليه بعد ذلك يمين نفى العلم» إلى آخر ما ذكره، فان ما حضرنى من نسخه كتابه غير نقيه من الغلط.

لكن فيه أن ظاهر الفتوى و النص خصوصا الصحيح كون ذلك هو الحجه على الميت فيتجه حينئذ سقوط الحق، إلا أنه كما ترى مناف لمذاق الفقه، فقد يقال: إن للوارث الحلف على مقتضى الاستصحاب كما يحلف على مقتضى اليد، لكن هو- مع أنه كما ترى أيضا، خصوصا إذا كان المستصحب غير معلوم له و إنما شهدت به البينه- لا يتم فى الوصى الذى لا يجوز حلفه لإثبات مال الغير، اللهم إلاـ أن يقال به هنا باعتبار أنه ليس مثبتا، بل هو شرط فى حجيه البينه التى هى فى الحقيقه المثبته، أو يقال بالاكتفاء بيمين الوارث مع البينه فى إثبات مفادها الذى لا فرق فيه بين متعلق الوصايا و الإرث، لأنها من الحجه المثبته للموضوع فى نفسه.

بل منه ينقدح عدم وجوب اليمين على كل واحد من الورثه، بل يكفى يمين واحده من أحدهم، لأن مقتضى إطلاق النص اعتبار يمين واحده فى تماميه حجيه البينه التى قد عرفت ثبوت الموضوع بها لسائر الشركاء و إن أقامها أحدهم، فتأمل فإنه دقيق نافع. و إن كان لا يخلو من بحث، ضروره كون اليمين هنا نحوها مع الشاهد الواحد، فلا يكتفى بها لغير ذى الحق.

بل قد يناقش فى قبول اليمين من الوارث، لتضمن يمين الاستظهار عدم الوفاء و الإبراء و نحوهما، و لا يكون منه على البت لأنه فعل الغير، فمع فرض اعتبار يمين البت فى يمين الاستظهار يتجه حينئذ سقوط الحق حينئذ كما سمعته أولا، بل قد يؤيد بأنه مقتضى أصل عدم ثبوت الحق بعد فرض تعارض الأمارات على وجه لا وثوق بشى ء منها.

نعم قد یقال:- بعد استبعاد سقوط الحق مع البینه العادله خصوصا مع قطع الوارث بالحق، بل یمکن دعوی معلومیه خلافه و لو بالسیره القطعیه، و استبعاد سقوط الیمین فی الدعوی علی المیت مع ظهور النص و الفتوی فیه-: إن المتجه إلزام الوارث بالیمین علی نفی العلم باستیفاء مورثه أو إبرائه، لظهور الخبر الأول(۱)فی الیمین المخصوصه فیما إذا کان المدعی المستحق، و التعلیل فیه أیضا. و أما الثانی(۲)فلیس فیه إلا اعتبار یمین بعد البینه، فهی بالنسبه إلی کل أحد بحاله، بل إن لم یکن إجماع علی سقوط الیمین أو الانظار بها أمکن ذلک فی ولی الطفل، بل و الوصی فی وجه، و لا حاجه إلی دعوی العلم فی اعتبار هذا الیمین الذی هو للاستظهار من کل مدع بحسب حاله، فتأمل جیدا.

هذا و فی المسالک «لو أقر له قبل الموت بمده لا یمکن فیها الاستیفاء عاده ففی وجوب ضم الیمین إلی البینه وجهان، من إطلاق النص(۳)الشامل لموضع النزاع، و قیام الاحتمال و هو إبراؤه منه و قبضه من ماله و لو بعد الموت، و من البناء علی الأصل و الظاهر من بقاء الحق، و هذا أقوی».

و فیه أن ذلک مبنی علی اختصاص الیمین لنفی احتمال الوفاء من المیت دون غیره، لکن فیه أولا أنه مناف لإطلاق صحیح الصفار(۴)بل و للخبر المزبور(۵)المراد منه ذلک علی جهه التمثیل لا التقیید، کما هو واضح.

نعم قد یقال بسقوطه فیما لو فرض شهاده الشهود ببقاء الحق فی ذمه المیت علی وجه لا احتمال لسقوطه أصلا إلی حین الدعوی أو حین

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من کتاب الشهادات- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۸- من کتاب الشهادات- الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

الوفاه بناء على الاجتزاء به، مع أن ظاهر الصحيح المزبور(۱)التعبد، و يمكن بناؤه على الغالب، فلا يحتاج إليه فى نحو الفرض، بل لعل ظاهر الخبر الأول(۲)كون اليمين للاستظهار، باعتبار كون شهاده البينه بالاستصحاب، و الفرض فى المقام خلافه، فلا استظهار كما فى صوره العلم بالحال، و الله العالم.

ثم إن ظاهر قوله: «و قبضه من ماله و لو بعد الموت» مراعاه نفى الاحتمال بعد الموت أيضا، لكن ظاهر اليمين فى الخبر المزبور(۳)اعتبار نفيه إلى حين الموت دون ما بعده، اللهم إلا أن يكون المفروض معلوميه انتفائه بعده، إلا أنه كما ترى.

ثم إن ظاهر الصحيح بل و الخبر اختصاص الحكم المزبور بالدين، أما غيره من دعوى عين أو حق خيار فهو باق على مقتضى عموم حجيه البينه بلا يمين، اللهم إلا أن يقال بظهور الخبرين المزبورين فى الفرق بين الميت و الحى باعتبار اليمين فيما هو حجه على الحى استظهارا، و الدين فيهما إنما هو من باب المثال.

لكن لا يخفى ما فيه من المنع، خصوصا بعد الفرق بين بينه العين و الدين بأن مبنى الثانيه على الاستصحاب غالبا بخلاف الأولى التى لا بد فيها من الشهاده على ملك المدعى إلى حين الدعوى، لمعارضه اليد فيها، فيمكن الاقتصار فيهما على الدين لذلك.

نعم لو شهدت البينه على أن العين كانت فى يد الميت عاريه أو غصبا أو نحوهما و لم تشهد أنها كذلك إلى حين الوفاه أو حين الدعوى و قلنا بالاكتفاء بها فى الحى لأصاله عدم تجدد مقتض آخر لاستمرار قبضه أو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من كتاب الشهادات- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

أصاله عـدم قبض جديـد بناء على إلحاق صوره الشـهاده على القبض عاريه أو غصـبا مع عـدم العلم بعودها و تجدد قبض جديد بـالصوره الأـولى التى علم فيها اتحاد القبض، و لكن يحتمل تجـدد مقتض لاختلاف اسـتدامته عن ابتـدائه احتمل هنا ضم اليمين معها بناء على أن ذكر الدين مثال لكل ما يحتمل فيه نحو ذلك من تجديد ملك و نحوه. بل فى كشف اللثام أنه الوجه.

لكن قـد يناقش (أولا) بمنع اسـتفاده ذلك من الخبرين على وجه يخرج عن القياس الممنوع عنـد الشيعه، و (ثانيا) بمنع الاجتزاء بمثل هذه البينه فى الحى على وجه

يرتفع مـا تقتضـيه اليـد من الملكيه فى الزمان المتأخر الـذى لا ينافيه وقوع القبض منه ابتـداء عاريه مثلا فضـلا عن صوره احتمال تجدد قبض جديد منه.

و مـا فى القواعـد من أنه «لو أقـام بينه بعاريه عين- أى عنـد الميت- أو غصـبها كان له انتزاعها من غير يمين» يراد به مع الشـهاده على ذلـك إلى حين الوفـاه أو الـدعوى، لاـ أن المراد شـهادتها بكونها عاريه فى الزمن السابق مع عـدم العلم بحالها فى غيره من الزمان المحتمل لتجدد قبض جديد أو مقتض لاختلاف الاستدامه مع الابتداء، كما اختاره فى كشف اللثام.

و على كل حال فلا ريب فى أن الأقوى عـدم إلحاق العين بالـدين فى ذلك للعمومات و إن كان هو الأحوط مع فرض بذلها من المدعى، نعم لو فرض تلفها فى يده قبل موته على وجه يترتب عليه ضمانها اتجه حينئذ كونها كالدين، بل هى من أفراده، أما إذا فرض تلفها بعد موته و كانت مضمونه عليه فقد يقوى عدم اليمين عليه، لقصور الخبرين(۱)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱ و الباب- ۲۸- من كتاب الشهادات الحديث ۱.

عن تناول ذلک، بل ظاهرهما غیره، فیبقی هو حینئذ علی عموم حجیه البینه، و التعلیل قد عرفت أنه فیما قبل الموت و نحوهما، فتأمل جیدا.

و لو شهدت البینه علی صبی أو مجنون أو غائب بدین ففی ضم الیمین إلی البینه تردد و خلاف ینشأ من کونهم کالمیت فی عدم اللسان المحتمل علی تقدیر وجوده الجواب بما یقتضی البراءه منه، بل هو مقتضی منصوص العله فی الخبر الأول(۱)و هو المحکی عن الأکثر بل المشهور، و منهم الشیخ فی المبسوط و الفاضل و الشهید، و من أن معقد النص(۲)و الفتوی المیت، فلا یقاس علیه غیره، لحرمته عندنا.

لکن لا ریب فی أن أشبهه أنه لا یمین وفاقا للمصنف و جماعه، و خصوصا فی الغائب الذی ورد فیه

مرسل جمیل بن دراج عن جماعه(۳)عنهما (علیهما السلام) قال: «الغائب یقضی علیه إذا قامت علیه البینه، و یباع ماله، و یقضی عنه دینه و هو غائب، و یکون الغائب علی حجته إذا قدم، و لا یدفع المال إلی الذی أقام البینه إلا بکفلاء»

و نحوه

قول الباقر (علیه السلام) فی خبر محمد بن مسلم(۴)إلا أن فیه «إذا لم یکن ملیا»

إذ لا ریب فی ظهورهما و لو للإطلاق فی عدم اعتبار الیمین معها، و معارضتهما بمنصوص العله علی فرض تسلیم جریانه فی المقام من وجه، و لا ترجیح، فیرجع إلی عموم ما دل علی حجیه البینه بدونه السالم حینئذ عن معارضه منصوص العله بعد معارضته بالخبرین المزبورین، بل

قوله (علیه السلام) فیهما: «و یکون علی حجته»

مشعر بالفرق بینه و بین المیت بأن له حالا یقیم به حجته فی نقض البینه المزبوره، و هو ما إذا حضر بخلاف المیت، بل هو جار أیضا فی الصبی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

و المجنون حال البلوغ و الإفاقه.

بل منه يعلم أن المراد من منصوص العله فى الخبر(۱)عدم الدرايه التى لا رجاء معها لاحتمال قيام الحجه، فلا يجرى حينئذ فيهما، و الله العالم و لو أقام شاهدا واحدا بدينه على الميت ففى القواعد و غيرها «حلف يمينا واحده» لا لاختصاص النص و الفتوى بالبينه» إذ من المعلوم أن ذلك أضعف منها، بل للاستغناء باليمين القائم مقام الشاهد عن يمين الاستظهار.

و فيه أنه قد لا يغنى عنه، إذ لا يعتبر فيه التعرض لبقاء الحق، و مع فرض تقييد إغنائه بالمشتمل على ذلك كما فى كشف اللثام قد يقال بأن المعتبر من المقيد ما كان على وفق شهاده الشاهد المفروض كونها على أصل ثبوت الحق، و ما فيها من الزياده لا دليل على حجيته، إذ ليست هى يمين شاهد و لا يمين استظهار، لأن الأصل عدم التداخل، خصوصا بعد

قوله (عليه السلام) فى الصحيح(۲): «مع شاهدين بعد يمين»

الظاهر فى فعله مستقلا منضما إلى الحجه فى حق الحى، كما هو واضح بأدنى تأمل، فالأولى بل الأقوى ضم يمين آخر معه. نعم قد يقال بالاستغناء فى صوره شهاده الشاهد ببقاء الحق ثم اليمين من المدعى على نحو ذلك، إذ هو بحكم البينه على بقاء الحق التى قد عرفت قوه الاستغناء بها عنه أيضا إلا مع احتمال التعبد الذى سمعته سابقا.

و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى أنه يدفع الحاكم من مال الغائب قدر الحق الثابت عليه، لكن فى المتن و غيره بعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من كتاب الشهادات الحديث ۱ و فيه « نعم من بعد اليمين».

تکفیل القابض بالمال أی إلزامه بکفیل بذلک، و لعله للخبرین(۱)السابقین، إلا أنک قد عرفت اشتراط عدم الملاءه فی الثانی منهما، بل مقتضی الجمع بینه و بین الآخر تنزیل الأول علیه، إلا أنه لم أجد قائلا به نعم فی المسالک «و إنما اعتبر المصنف الکفیل لأنه لم یوجب علیه الیمین مع البینه، فجعل الکفیل عوضا عنه، لاحتمال براءه الغائب من الحق علی وجه لا تعلمه البینه، و من أوجب علیه الیمین لم یعتبر الکفیل إلا علی تقدیر تعذرها، کما لو کان المدعی علی الغائب وکیل المستحق، فإنه لا یجوز إحلافه، فیستظهر بالکفیل، و لا شک فی أن الکفاله و الیمین احتیاط و استظهار إلا أن ثبوتهما یحتاج إلی دلیل».

قلت: قد عرفت أن دلیله عند القائل به التعلیل فی القوی(۲)و الخبران(۳)المزبوران المعمول بهما، علی أن المرسل جمیل، و هو من أصحاب الإجماع، و قد أرسل عن جماعه، بل هما یدلان علی اعتبار تعدد الکفلاء و إن لم نجد به قائلا، و لعله لظهور إراده الجنس منه، و اعتبار الیمین لا ینافی الاستظهار بذلک، إذ هو علی حجته علی کل حال.

و من هنا اعتبره فی القواعد مع قوله: «بضم الیمین» و کأنه ظن تمامیه الدعوی مع الیمین المقتضیه لنفی الاحتمالات، فلا جهه للتکفیل، بخلاف حال عدم الیمین، فإنها لم تتم بعد فیستظهر بالتکفیل، و فیه أن الیمین علی القول باعتبارها لا تسقط صحه الدعوی منه بعد ذلک و التکفیل للاستظهار بها بعد النص علیه فی الخبرین، کما هو واضح.

ثم علی فرض اعتبار الیمین لم یجز للحاکم التسلیم قبلها فی صوره الوکیل، ضروره عدم ثبوت الحق بدونها، فمن الغریب صدور ذلک منه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

كما أن من الغريب مناقشه الأردبيلى فى أصل دفع الحاكم من مال الغائب بعد أن ذكر دليله مرسل جميل بالإرسال و مجهوليه جعفر بن محمد ابن إبراهيم و عبد الله بن نهيك أيضا فى سنده، و بأنه غير عام، و إدخال ضرر على الغائب، إذ قد يكون له جواب قدح و نحو ذلك و يتعذر ذلك بعد الحكم، و على تقديره فقد يتعذر استيفاء الحق بموت الخصم و فقره أو الكفيل أيضا، فينبغى الاقتصار على موضع الوفاق، و هو فيما إذا علم الخصم أنه إذا لم يحضر يحكم عليه و هو غائب، لأنه يكون أدخل الضرر على نفسه.

إذ هى كما ترى، ضروره عدم الاحتياج إلى المرسل فى الدفع بعد فرض مشروعيه الحكم على الغائب، ضروره كونه حينئذ من مقتضياته، بل لو لا النص و الفتوى على التكفيل بالوجه المزبور لكان المتجه عدم وجوبه.

ثم إن الظاهر إراده الضمان من الكفاله هنا، لأن به الاستظهار التام، بل قد يشعر بذلك اعتبار عدم الملاءه فى أحد الخبرين(۱)و الله العالم.

و لو ذكر المدعى أن له بينه غائبه خيره الحاكم فيما له شرعا بين الصبر لأن المدعى لا يجبر على دعواه و بين إحلاف الغريم فان ذلك له مع حضور بينته فضلا عن حال الغيبه.

لكن فى النافع «و لو قال: البينه غائبه أجل بمقدار إحضارها، و فى تكفيل المدعى عليه تردد، و يخرج من الكفاله عند انقضاء الأجل».

و فيه أنه لا فائده فى هذا التأجيل، ضروره أن له الدعوى و إقامتها بعد الأجل، و احتمال سقوط دعواه حينئذ مطلقا أو بعد إلزامه بإحلاف المنكر لا ينبغى صدوره من متفقه فضلا عن الفقيه و إن كان قد يتوهم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

دلاله مرسل الوصيه لشريح(۱)عليه المحتمل لإراده بينه الجرح خاصه، و لو سلم دلالته على ذلك فلا قائل به، فلا يبعد إراده الإمهال الذى لا يترتب عليه ذلك من التأجيل فيه بل و فى الخبر(۲)أو أن مراده الأجل لأجل التكفيل و إن قصرت العباره عنه، كما هو ظاهر النهايه، قال: «و إن قال: لست أتمكن من إحضارها جعل معه مده من الزمان ليحضر فيه بينته و تكفل بخصمه، فإن أحضرها نظر فيها و إن لم يحضرها عند انقضاء الأجل خرج خصمه عن حد الكفاله». فتأمل جيدا.

و أما ما ذكره من التردد فى التكفيل فقد جزم هنا بعدمه، فقال:

و ليس له ملازمته على وجه لا تجوز له بدون ذلك فضلا عن حبسه و لا مطالبته بكفيل وفاقا للمحكى عن أكثر المتأخرين، بل عامتهم و الإسكافى و الشيخ فى الخلاف و المبسوط و القاضى فى أحد قوليه، للأصل السالم عن معارض بعد عدم ثبوت الحق الذى لا معنى للعقوبه عليه قبله، على أن الكفيل يلزمه الحق إن لم يحضر المكفول، و هنا لا معنى له قبل إثباته، بل لا معنى لكون حضور الدعوى و سماع البينه حقا يكفل عليه، لأنه بعد الإتيان بالبينه إن كان حاضرا فذاك، و إلا حكم عليه و هو غائب.

خلافا للمحكى عن الشيخين فى المقنعه و النهايه و القاضى فى أحد قوليه و ابنى حمزه و زهره نافيا للخلاف فيه ظاهرا، لقاعده لا ضرر و لا ضرار، فإنه قد يهرب المدعى عليه، و لا يتمكن المدعى من تحصيل الحق، فيجب حينئذ مقدمه، للزوم مراعاه حق المسلم من الذهاب فى نفس الأمر، و بذلك ينقطع الأصل، و الالتزام بالكفيل أو الحبس و إن كان ضررا إلا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

أن ذهاب الحق أيضا ضرر، و على الحاكم مراعاه الأقل ضررا، و لعله التكفيل، و عدم الفائده فى التكفيل مسلم إن تحقق عدم إمكان إثبات الحق فى نفس الأمر، و لكنه غير متحقق بعد احتمال حضور البينه و ثبوت الحق بها، فيلزم الكفيل إحضاره أو الالتزام بالحق إن ثبت و هرب المدعى عليه و لم يكن له مال يقتص منه، و الحكم على الغائب غير كاف فى التخلص عن احتمال ذهاب الحق.

و من هنا مال فى الرياض إلى ذلك و قال: «إن القول به لا يخلو من رجحان إن خيف هرب المنكر و عدم التمكن من استيفاء الحق بعد ثبوته من ماله، و لو لم يخف من ذلك أمكن ترجيح القول الآخر، و بهذا التفصيل صرح الفاضل المقداد، فقال: و لنعم ما قال، و يقوى أن التكفيل موكول إلى نظر الحاكم، فان الحكم يختلف باختلاف الغرماء، فان الغريم قد يكون غير مأمون، فالمصلحه حينئذ تكفيله، و إلا لزم تضييع حق المسلم، و قد لا يكون كذلك بل يكون ذا ثروه و حشمه و مكنه فلا حاجه إلى تكفيله، لعدم ثبوت الحق و الأمن من ضياعه. و ربما كان المدعى محتالا يطلب التكفيل وسيله إلى أخذ ما لا يستحقه».

لكن لا يخفى عليك أن جميع ذلك لا ينطبق على أصول الإماميه، ضروره رجوعه إلى ما يشبه الاستحسان، و قاعده لا ضرر و لا ضرار لا وجه لجريانها فى المقام، إذ الضرر لا يدفع بالضرر، على أنها لا تقتضى تعجيل الضرر على المسلم باحتمال ضرر الآخر، و لعل البحث بين الأصحاب فى أصل مشروعيه التكفيل بمجرد الدعوى، كما شرح به هنا الفاضل المزبور عباره النافع، بل حكى القول عمن عرفت بلفظ جواز التكفيل و منعه، لا فى الإلزام به قبل ثبوت الحق، و قد ذكرنا فى الكفاله ما يستفاد منه ذلك.

ثم على التكفيل فهل يتعين فى ضرب مدته ثلاثه أيام، كما عن

ابن حمزه أو ينـاط بنظر الحـاكم؟ قولان، و لكن على كل حال يخرج الكفيل من الكفاله عنـد انقضاء الأجل المضـروب كائنا ما كان بلا خلاف و لا إشكال و الله العالم.

و كـذا ليس له حبسه أو المطالبه بكفيل لو أقام شاهـدا واحدا و إن كان عدلا، لعدم ثبوت الحق به، خلافا للمحكى عن المبسوط لقـدرته على إثبـات حقه بـاليمين فيحبس إلى أن يشـهد آخر أو يحلف المـدعى أو يحلفه، و غـايه الحبس ثلاثه أيام، فإن أثبت الـدعوى و إلاـ أطلق، و فيه أن العقوبه بـالحبس إنمـا تجوز بالتقصـير بـالحق الثـابت و لاـ يكفى فيهـا القـدره على إثباته، كما هو واضح.

[أما السكوت]

و أمـا السـكوت فـان اعتمـده ألزم بالجواب لأنه نفسه ليس جوابا، و الفرض تعلق حق الـدعوى بجوابه فان عانـد حبس حتى يبين الجواب كما عن الشيخين و الديلمى و ابنى حمزه و سعيد و الفاضل و ولده و غيرهم، بل فى المسالك نسبته إلى المتأخرين.

و قيل و إن كنا لم نعرف قائله يجبر بالضرب و نحوه من باب الأمر بالمعروف حتى يجيب.

و قيـل و القائـل الشـيخ فى محكى مبسـوطه و الحلى فى محكى سـرائره و الفاضـل فى موضـع من قواعـده و القاضـى فى محكى مهـذبه يقول له الحاكم: إما أجبت و إما جعلتك ناكلا و رددت اليمين على المـدعى، فان أصـر رد اليمين على المدعى و قضـى له، بـل فى الأـول «أنه الـذى يقتضـيه مـذهبنا و الثـانى- يعنى الحبس- قوى أيضـا» و فى الثانى «أنه الصـحيح من مـذهبنا و أقوال أصحابنا و ما يقتضيه المذهب» و فى الأخير «أنه ظاهر مذهبنا و لا بأس بالعمل بالحبس».

و لكن الأول مروى كما عن التحرير أيضا و إن

اعترف جماعه بعدم الظفر بهذه الروايه، نعم قيل: لعله

النبوى المشهور(۱)«لى الواجد يحل عقوبته و عرضه» و فى آخر «و حبسه»

المعتضد بما قيل من النصوص الكثيره(۲)الداله على حبس أمير المؤمنين (عليه السلام) الغريم باللى و المطل من دون ضرب و إهانه و نحوهما.

و فيه أن المنساق منه المالى لا ـ ما يعم استحقاق جواب الدعوى، سيما نصوص الغريم، و ربما علل أيضا بأن الواجب عليه الجواب، و هو كما يحتمل الإقرار يحتمل الإنكار، فيجب عليه الحبس، و غيره ليس بواجب لأصل البراءه، و جعله ناكلا ـ أو كالناكل يحتاج إلى دليل.

و ظاهر الروضه التخيير بين الحبس و الرد، كما عن ظاهر الشيخ على بن هلال مع إضافه الضرب أيضا.

ثم إن ظاهر الأصحاب عدم فعل شى ء معه على القول الأول غير الحبس، لكن فى الرياض ألزم بالجواب أولا باللطافه و الرفق ثم بالإيذاء و الشده متدرجا من الأدنى إلى الأعلى على حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فإن أجاب و إلا حبسه حتى يجيب وفاقا لمن عرفت، ثم قال: «و قيل: يجبر حتى يجيب من غير حبس، بل يضرب و يبالغ فى الإهانه إلى أن يجيب، و مستنده غير واضح عدا ما استدل له من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و فيه نظر فإنهما يحصلان أيضا بالأول، فلا وجه للتخصيص».

قلت: و مقتضاه أنه على الثانى يضرب حتى يجيب أو يموت، و ليس هو قولا ـ لأحد، بل ليس من مقتضى ما ذكر دليلا له من الأمر بالمعروف

۱- ۱ راجع التعليقه ۱ من ص ۱۶۴. و سنن البيهقى ج ۶ ص ۵۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب كيفيه الحكم و الباب- ۷- من كتاب الحجر.

المعلوم عدم مشروعيه هذا المقدار له، فالتحقيق أن الفرق بين الأول و الثانى الاقتصار على خصوص الحبس على الأول لما أرسلوه من الروايه بخلاف الثانى، فإنه مبنى على حكم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر من استعمال مراتبه التى تنتهى إلى الحبس أيضا.

و على كل حال فليس للأول إلا المرسل المنجبر بما عرفت، و للثانى إلا باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، و للثالث أنه نكول أو أولى منه، ضروره أنه لو أجاب بجواب صحيح ثم امتنع من اليمين جعل ناكلا، فإذا امتنع عن الجواب، و اليمين فأولى أن يكون ناكلا، لأنه نكل عن الجواب و اليمين معا، و لأن العناد منه أشد و أظهر، و لأنه لما لم ينكر احتمل الإقرار، فإذا اعتبرت يمين المدعى مع صريح الإنكار فمع السكوت أولى.

و من هنا قال المصنف و الأخير بناء على عدم القضاء ب مجرد النكول و إلا كان المتجه عدم الاحتياج إلى اليمين.

كل ذلك مضافا إلى ما فى الاقتصار على الحبس من الإضرار بالمدعى بالتأخير، و ربما أدى إلى ضياع حقه، بل فيه و فى الجبر إضرار بالمدعى عليه بلا دليل، و ما مر من الدليل عليهما مندفع بأن الرد على المدعى أردع له عن السكوت و أسهل و أفيد للمدعى.

و قد يناقش بعدم صدق اسم النكول عليه، إذ يحتمل أنه أدى الحق و ليس بمنكر يلزمه اليمين و لا مقر يلزمه الحق، فيسكت عن الإنكار لعدم صحته، و عن الإقرار مخافه الالتزام، و الفرض عدم شهود عنده و لو لموتهم، و لا يحسن التوريه أو لا يعلم شرعيتها، و بأن الحكم بالنكول بمجرده أو بعد رد اليمين مخالف للأصل، فيقتصر فيه على محل اليقين، و ليس هو إلا ما انعقد عليه الإجماع من كونه بعد الإنكار، و هو مفقود فى المقام قطعا، لما عرفت من إطباق المتأخرين كافه على

اختیار القول الأول، بل قد عرفت إرسال الروایه فیه، بل ظاهرهم أنها صریحه فیه، و هی مع انجبارها بما سمعت معتضده بالنبوی(۱)السابق المعتضد بالنصوص الکثیره(۲)بل قد یستفاد من

قوله (علیه السلام) فی خبر عبد الرحمن(۳)المتقدم فی الدعوی علی المیت: «و لو کان حیا لألزم الیمین أو الحق أو یرد الیمین علیه»

أن کیفیه القضاء علیه إلزامه بأحد الثلاثه علی جهه التخییر له، و لما کان طرق الإلزام کثیره أمکن ترجیح الحبس منها بالمرسل المنجبر بما عرفت، بل ربما یدعی أنه المتعارف من طرق الإلزام، خصوصا بعد أن کان ذلک طریقا فی الغریم المحقق، فهنا بطریق أولی.

علی أن الدعوی المقابله بالسکوت لو تقتضی رد الیمین علی المدعی لعدم خروجه عن أحد الاحتمالین لاقتضت ذلک فی الدعوی علی المیت و علی الممتنع عن مجلس الحضور و علی الغائب و علی الصبی و المجنون و نحوهم ممن لم یتحقق منهم جواب، و هو معلوم العدم، بل ینحصر طریق ثبوت الدعوی حینئذ بالبینه، فان لم تکن فلا حق له، کما أومأ إلیه أیضا الخبر المزبور(۴).

و دعوی اقتضاء إطلاق أدله الأمر بالحکم بین الناس(۵)وجوب إیجاده فی الفرض، و قد عرفت استفاده میزانه من النصوص الکثیره الداله علی أنه البینات و الأیمان(۶)و هو الدلیل علی القضاء بنکول المنکر عن

۱- ۱ راجع التعلیقه ۱ من ص ۱۶۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب کیفیه الحکم و الباب- ۷- من کتاب الحجر.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب کیفیه الحکم.

۶- ۶ الوسائل ۱ و ۲ من أبواب کیفیه الحکم.

الرد و اليمين الشامل لموضوع الفرض يدفعها منع وجوب إيجاده على كل حال، مضافا إلى عدم انحصار الحكم فى ذلك، بل هو ما ذكرناه من الإلزام المزبور، و الحكم برد اليمين فى الناكل إنما كان بعد الإجماع المركب على حصول ميزان القضاء، و لكنه النكول أو اليمين قلنا: إن الأقوى الثانى بخلاف المقام، فان المشهور عدم الحكم بالمعنى المزبور كما عرفت، بل هو الحبس المطابق لما اقتضاه خبر عبد الرحمن(۱)الظاهر فى عدم تحقق النكول لتعذر الجواب، بل لا بد فيه من تحقق الإنكار و عدم العمل بما يوجبه، و لذا سقطت الدعوى عن الميت التى يفرض فيها ما ذكره من أنه إما مقر أو منكر إلى آخر ما سمعت، و هو معلوم العدم فيه و فى نظائره، و الله العالم.

هذا إذا كان السكوت عنادا و أما لو كان به آفه من طرش أو خرس توصل إلى معرفه جوابه بالإشاره المفيده لليقين بكونه مقرا أو منكرا إذا لم نقل بإلحاق إشاره الأخرس باللفظ الذى يكتفى بالظن بالمراد منه.

و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى المترجم لم يكف الواحد و افتقر فى الشهاده ب المراد من إشارته إلى مترجمين عدلين بناء على أن ذلك من مقام الشهاده، و قد عرفت التأمل سابقا فى نظيره، بل قد يحتمل فى أصل الترجمه للفظ أنها من قرائن الظن بالمراد به، فلا يعتبر العداله حينئذ فضلا عن التعدد، فتأمل و الأمر سهل.

ثم إن ظاهر حصر الأصحاب حال المدعى عليه فى الثلاثه عدم حال آخر رابع مخالف لها فى الحكم و حينئذ فإذا كان جوابه لا أدرى و لا أعلم و نحو ذلك فهو منكر، ضروره عدم كونه إقرارا، كضروره عدم كونه سكوتا،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱

فليس إلا الإنكار، و انسياق القطع بالعدم منه لا ينافى كونه فردا آخر له مرجعه عدم استحقاق ما يدعيه عليه و إن لم يعلمه فى نفس الأمر، ضروره اقتضاء تعلق الدعوى به استحقاق المدعى به عليه، فإذا نفى العلم بسببه كان نافيا للاستحقاق المزبور الذى هو روح الدعوى عليه. و بذلك يكون منكرا لا يتوجه عليه إلا

اليمين، لموافقته للأصل و غيره، و لا ينافى ذلك ما تسمعه من الأصحاب من غير خلاف فيه يعرف بينهم من اعتبار الحلف على البت فى فعله نفيا و إثباتا المنزل على الصوره الغالبه من الإنكار، بخلاف ما إذا كان إنكاره بالصوره الثانيه، فإنه يحلف على عدم العلم نحو يمين الوارث.

و لكن فى مجمع البرهان انه «لو قال المنكر: إنى ما أحلف على عدمه فانى ما أعلم بل أحلف على عدم علمى بثبوت حقك فى ذمتى لا- يكفى، بل يؤخذ بالحق بمجرد ذلك حينئذ إن قيل بالقضاء بالنكول، و بعد رد اليمين على المدعى إن لم نقل به، و يحتمل قويا هنا عدم القضاء بالنكول و إن قيل به فى غيره، بل يجب الرد حينئذ».

نعم قال بعد ذلك: «و يحتمل الاكتفاء فى الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك، للأصل و عدم ثبوت ما تقدم و التأمل فيه، فتأمل- ثم قال-: إن الأصل عدم ثبوت الحق فى ذمته، و طريق ثبوته الشهود، و الفرض عدمهم، و لم يثبت دليل على أن إنكار المدعى عليه و دعوى عدم علمه بالحق و عدم حلفه على البت يوجب ثبوت الحق فى ذمته أو موجب لرد اليمين على المدعى، و يؤيده عموم

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه»

إلى آخره، فإنه يدل بظاهره على عدم اليمين على المدعى، و أن يمين المنكر أعم من أن تكون على نفى المدعى أو على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم.

نفى العلم به، إذ هو لا ينكر إلا علمه، و أيضا البينه ما تشهد بثبوت الحق على الجزم و القطع الآن، بل أقصى ما تشهد بالثبوت مع عدم العلم بالمزيل، فينبغى أن تكون اليمين كذلك».

و فى الكفايه «مقتضى ظاهر كلامهم أنه إذا ادعى عليه بمال فى ذمته و لم يكن المدعى عليه عالما بثبوته و لا نفيه لم يكف حلف المنكر بنفى العلم، و أنه لا يجوز له حينئذ الحلف بنفى الاستحقاق، لعدم علمه بذلك، بل لا بد له من رد اليمين، و إن لم يرد يقضى عليه بالنكول و بعد رد اليمين على المدعى إن لم نقل به» و إن قال متصلا بما سمعت:

«لكن فى إثبات ذلك إشكال، إذ لا يبعد الاكتفاء حينئذ بالحلف على نفى العلم و لا دليل على نفيه، إذ الظاهر أنه لا يجب عليه إيفاء ما يدعيه إلا مع العلم، و يمكن على هذا أن يكون عدم العلم بثبوت الحق كافيا فى الحلف على عدم الاستحقاق، لأن وجوب إيفاء حقه إنما يكون بعد العلم به، لكن ظاهر عباراتهم خلاف ذلك، و بعض المتأخرين احتمل قويا عدم القضاء بالنكول فى الصوره المذكوره و إن قيل به فى غيره، بل يجب الرد حينئذ، و احتمل الاكتفاء فى الإسقاط بيمينه على عدم علمه بذلك» و هو موافق لما ذكرناه و قلنا إنه غير مناف لظاهر كلماتهم، فان مرادهم من الجزم و البت فى الصوره الأولى من الإنكار.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك اندفاع المناقشه بعدم الدليل على الاكتفاء فى الفرض بالحلف على نفى العلم، و الأصل عدم انقطاع الدعوى المسموعه بمثل هذا اليمين، سيما إذا كانت مسقطه للبينه لو أقيمت بعدها نحو يمين الإنكار، فيقتصر فيما خالفه على المتيقن من النص و الفتوى، و ليس إلا اليمين على البت لا مطلقا، و ليس فى النصوص و الفتاوى الداله على سقوطها بها ما يدل على السقوط هنا، لما عرفت من أن المتبادر من

الیمین علی الشی ء الیمین علی البت خاصه، و مقتضی ذلک عدم الاکتفاء بالیمین علی نفی العلم، فینحصر قطع الدعوی و سقوطها فی رد الیمین علی المدعی، إن حلف أخذ، و إن نکل سقطت الدعوی، و عدم وجوب إیفاء ما یدعیه علیه إلا مع العلم مسلم فیما بینه و بین الله تعالی، و لکن لا ینفع فی إثبات کفایه الحلف علی نفی العلم فی مقام الدعوی و إسقاطها، و إن هو إلا عین النزاع. و منه یظهر الوجه فی منع کفایه عدم العلم فی الحلف علی نفی الاستحقاق المطلق المتبادر منه نفی الاستحقاق و لو فی نفس الأمر، و لا- یمکنه الحلف علیه لإمکانه، و عدم علمه به إنما یوجه له الحلف علی عدم تکلیفه فی الظاهر بایفائه، لا الحلف علی عدم استحقاقه فی الواقع، و بینهما فرق واضح، إذ هی کما تری، ضروره أن الجزم المذکور فی کلامهم لا یراد منه إلا- الجزم فی الصوره الأولی من الإنکار، بمعنی أنه بعد تصریحه بالنفی الظاهر فی العلم بالعدم فی نفس الأمر لا یجزؤه إلا الیمین علی ذلک، لا ما إذا کان إنکاره من أول الأمر بنفی العلم.

فإنه یکون نحو إنکار الوارث، کما أن الوارث لو فرض إنکاره بالعدم فی نفس الأمر کان یمینه کذلک، و لا یجزؤه نفی العلم، و لکن لما کان الغالب فیه الأول قالوا: إن یمینه علی نفی العلم، و الغالب فی غیره الإنکار بالنفی واقعا قالوا: إن یمینه علی البت.

کل ذلک مضافا إلی معارضه أصل عدم سقوط الدعوی بمثل الیمین المزبوره بأصاله عدم ثبوت الحق بمثل هذه الیمین المردوده من الحاکم علی المدعی، و إنما المسلم منها یمین الإنکار التی امتنع عن إیقاعها مع تصریحه بالعلم بالنفی، و عن ردها لا- فی مثل الفرض المذکور، و ترجیح الأول بموافقته لظاهر کلماتهم فی اعتبار الجزم فی الحلف- و الفرض عدم إمکانه، فینحصر طریق قطع الدعوی برد الیمین من المدعی علیه أو الحاکم مع

أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه- ليس بأولى من القول بترجيح الثانى ب

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه»

إلى آخره الظاهر فى انحصار ثبوت المدعى بالبينه، فتوقف الدعوى حينئذ عليها، نحو الدعوى على ميت أو غائب أو نحوهما، بل ينبغى القطع بـذلك بناء على أن الجواب بـذلك ليس إنكـارا، فتكون حينئـذ مجرد دعوى لاـ منكر لهـا، و معلوم انحصار ثبوتها حينئذ فى البينه.

إلا أن المعروف بل لم أجد خلافا بين من تعرض لهذا الفرع عدم إيقاف الدعوى على البينه، فيقتضـى إدراجهم له تحت المنكر، فيتعين عليه اليمين أو ردهـا، و ربما يرشـد إلى ذلك قولهم: «يحلف الوارث على نفى العلم بالـدعوى على الميت» و ليس هو إلا من المنكر أيضا و إن كان جوابه لا أعلم، و من هنا كان له رد اليمين على المدعى، فيثبت به الحق بلا خلاف و لا إشكال.

و ما فى الرياض من «أن اكتفاءهم بـذلك ثمه إنما هو من حيث عدم كون المنكر طرفا لأصل الدعوى على الغير، بل هو الطرف الآـخر لها، و إنما المنكر طرف دعوى أخرى معه، و هى كونه عالما بالمـدعى و ثبوته على الغير فى الـدعوى الأولى، فحلفه على نفى العلم حقيقه حلف على نفى ما ادعى عليه على القطع فى هـذه الدعوى، فظهر أن حلف المنكر على القطع أبدا حتى بالنسـبه إلى فعل الغير مطلقا، لأن ما يحلف عليه ليس هو إلا ما ينكره حقا كان أو غيره. و بذلك صرح

الفاضـل فى التحرير- ثم قال-: و يتحصل من هـذا أن متعلق الحلف ليس إلا ما تتعلق به الـدعوى، و هو المتبادر من النصوص، و الحلف على نفى العلم فيما نحن فيه ليس حلفا على ما تعلق به دعوى المدعى، لأن دعواه ثبوت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم.

الحق فی ذمته لا علمه به، و لا تلازم بینهما، لإمکان أن یدعی الحق علیه و لا یدعی علیه العلم، فحینئذ یمینه علی نفی العلم لاغیه لا ربط لها بما یـدعیه بالکلیه، فکیف یمکن أن تکون بها ساقطه، نعم لو ادعی علیه العلم بالحق حال الدعوی أیضا اتجه الاکتفاء بـالحلف علی نفی العلم، و سـقوط أصـل الـدعوی بهـا حینئـذ، لترکبها کما ذکروه فی الحلف علی نفی العلم بفعل الغیر، و لکن الظـاهر أن مثله فی المقـامین لاـ یسـقط اعتبـار الـبینه لـو أقیمت بعـد الـدعوی عملاـ بعموم مـا دل علی اعتبارهـا مع سـلامتها عن المعارض فیهما، لاختصاص ما دل علی سـقوط البینه بالیمین بحکم التبادر و غیره بالیمین علی نفی الحق لا نفی العلم، و بالجمله الظاهر فیما نحن فیه حیث لا یـدعی علیه العلم عـدم الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم، بل لا بـد من رد الیمین علی المـدعی، و لا محیص فی قطع الدعوی من دونه».

لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرنا من أن المتجه مع القول بعدم کون ذلک جوابا عن الدعوی انحصار الإثبات بالبینه، إذ لا محل لرد الیمین مع عـدم المنکر کی یتجه الثبوت بها، و لکن قـد عرفت إمکان دعوی القطع بعـدم ذلک، فلیس حینئـذ إلا لاندراجه فی المنکر الذی علیه الیمین و له الرد، بل یمکن دعوی القطع به من حصرهم أحوال المنکر فی الثلاثه قدیما و حدیثا.

علی أن المستفیض فی النصوص(۱)أن البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه. و لا ریب فی کونه مدعی علیه عرفا إن لم یکن منکرا فیه، بل التأمل فی جمیع النصوص یقتضـی أن للإنکار طریقین: أحـدهما نفی الدعوی فی نفس الأمر، و الآخر نفی ما یترتب علیها من وجوب الأداء و نحوه، و ذلک بنفی العلم بسببها الموافق لأصاله عدم حصوله الذی هو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

ميزان المنكر.

و بـذلك يكـون الـوارث منكرا فى الـدعوى على الميت، و يكتفى منه بـالحلف على نفى العلم، لتعلقه بفعـل الغير الـذى هـو فى الغـالب غير معلوم للآخر، كمـا أن الغـالب العلم بفعـل نفسه و إن كان قـد يعلم نفى فعل الغير، و لا يعلم نفى فعل نفسه فى حال النوم أو السكر أو الصبا أو غيرها من الأحوال، و ستعرف فيما يأتى أن استحقاق اليمين على الوارث بمجرد الدعوى على الميت و إن لم يـدع عليه العلم، و لكن يكفى فى حلفه نفى العلم، لتعلقه بفعـل الغير، إلا إذا كـان إنكـاره لأصـل وقوع الفعـل من الميت فيحلف على نفيه كذلك و إن كان هو خلاف ما صرح به المصنف و غيره ممن تأخر عنه.

و أما فعل نفسه فان كان جوابه نفيه فى الواقع اعتبر فى يمينه كونها على عـدمه فى نفس الأمر و إن كان على عـدم العلم به كفى إيقاعها على ذلك فى إسقاط ما يترتب على الدعوى.

و المراد باعتبار الجزم فى اليمين فى صوره كون الإنكار جزما لا مطلقا حتى فى الوارث، و استثناء الأصـحاب له مبنى على الغلبه المزبوره، كاعتبارهم الجزم فى نفى فعل نفسه.

و بـذلك كله ظهر لك أن الجواب بعـدم العلم إنكار، فيتوجه عليه اليمين و له رده، نعم قـد يقال بعـدم اقتضائها سـقوط البينه لو أقيمت بعـد ذلـك بنـاء على ظهور مـا دل على الإسـقاط فى اليمين الـذى يكون متعلقها النفى فى نفس الأمر، لا أقل من الشك، فيبقى عموم ما دل على قبولها بحاله.

بل لعل التأمل الصادق يقضى بغرابه اشتباه الحال على أمثال هؤلاء الأفاضل خصوصا السيد فى الرياض الذى قد جزم بما سمعت.

بل عن جامع المقاصد فی باب الوکاله فیما لو ادعی أنه وکیل فلان الغائب فی تزویجه فلانه فعقد علیها ثم إن الغائب مات و ادعت ذلک علی الورثه و قالوا: لا ندری أنها تحلف و ترث.

بل قیل: إنهم قالوا فی باب الطلاق: إن الزوج لو ادعی أن الطلاق متأخر عن وضع الحمل فهی الآن فی عده و قالت الزوجه: لا أدری أن له الرجعه، و لا تقبل دعواها و بالعکس، إلا أنا لم نتحقق ذلک، بل ربما کان غیر ما نحن فیه، و علی فرضه فالاشتباه غیر عزیز.

کل هذا مع أنه قد یقال بجواز الحلف علی مقتضی الأمارات الشرعیه کما أومأ إلیه

الصادق (علیه السلام) فی خبر حفص بن غیاث(۱)«قال له رجل: إذا رأیت شیئا فی یدی رجل یجوز أن أشهد أنه له؟

قال: نعم، قال الرجل: أشهد أنه فی یده و لا أشهد أنه له فلعله لغیره، فقال أبو عبد الله (علیه السلام) أ فیحل الشراء منه، قال: نعم، فقال أبو عبد الله (علیه السلام) فلعله لغیره، فمن أین جاز لک أن تشتریه و یصیر ملکا لک؟ و تقول بعد الملک: هو لی و تحلف علیه، و لا یجوز أن تنسبه إلی من صار ملکه من قبله إلیک، ثم قال أبو عبد الله (علیه السلام): لو لم یجز هذا لم یقم للمسلمین سوق»

مع أن ما ورد فی التأکید من اعتبار العلم فی الشهاده و أنک لا تشهد إلا علی مثل الشمس(۲)أشد مما ورد فی الیمین.

اللهم إلا أن یفرق بین ما هو مقتضی الید و نحوها من الأمارات الشرعیه و بین ما هو مقتضی نحو أصل البراءه و العدم و نحوهما مما هو کالمعلوم من الشرع عدم جواز الحلف علی مقتضاهما، خصوصا بعد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من کتاب الشهادات.

استفاضه النصوص(۱)بعدم جواز الحلف إلا علی العلم.

و علی کـل حـال فلاـ ریب فی أن التأمـل الصـادق فی النصوص و الفتـاوی یقتضـی کون الحکم فی أصـل المسأله ما عرفت من الاکتفـاء بیمین نفی العلم أو انحصار الحق بالبینه، و خصوصا فی نحو ما لو ادعی رجل علی مال فی یـد رجل أنه سـرق منه و بیع علیه، فقال من فی یده المال: إنی لا أعلم بذلک و لکن اشتریته من ید رجل مسـلم، إذ هو کالمقطوع بأن القضاء بینهما بأن البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه بمجرد القول المزبور، و إن اعترف المدعی بعدم علم المدعی علیه بحقیقه الحال، و أنه لا یکون القضاء فی ذلک برد الیمین علی

المـدعی أو انحصـار ثبـوت حقه بـالبینه علی وجه بحیث لـو أراد رد الیمین علیه لم یثبت به حـق، لعـدم کـونه منکرا یتـوجه علیه الیمین حتی یصح له رده علیه.

نعم قد یفرق بین هذا و بین الفرض باعتبار الاسـتناد هنا إلی مقتضی الید التی جعلها الشارع سببا للحکم بالملک علی وجه تجوز الشـهاده به و الحلف علیه و إن قال مع ذلک: ما أدری بصـدق المـدعی أو کـذبه، بخلاف دعوی الـدین التی لا مسـتند لقوله لا أدری إلا الأصل الذی لا یجوز الحلف علی مقتضاه بعنوان البت، لعدم سببیته من الشارع فیه علی نحو الید، فتأمل، و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من کتاب الأیمان.

[مسائل تتعلق بالحكم على الغائب]

اشاره

مسائل تتعلق بالحكم على الغائب الذى لا إشكال و لا خلاف بيننا فى مشروعيه الحكم عليه فى الجمله بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى خبرى جميل(۱)و محمد بن مسلم(۲)المتقدمين سابقا، بل قيل: و

النبوى(۳)المستفيض أنه قال لهند زوجه أبى سفيان بعد أن ادعت أنه رجل شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى:

«خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف»

و كان أبو سفيان غائبا و

المروى عن أبى موسى الأشعرى(۴)«كان النبى (صلى الله عليه و آله) إذا حضر عنده خصمان فتواعد الموعد فوافى أحدهما و لم يف الآخر قضى للذى و فى على الذى لم يف»

أى مع البينه، و

صحيح زراره(۵)عن أبى جعفر (عليه السلام) الذى يقول فيه فى الغاصب و أكل مال اليتيم و الأمين: «و إن وجد له شيئا باعه غائبا كان أو شاهدا».

و حينئذ فما فى

خبر أبى البخترى(۶) المروى عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) «لا يقضى على غائب»

محمول على إراده عدم الجزم بالقضاء عليه على وجه لا تسمع حجته إذا قدم أو غير ذلك.

نعم هل يشترط فى الحكم عليه دعوى جحوده كما فى القواعد التوقف فيه، قال: «فان شرطناه لم تسمع دعواه لو اعترف بأنه معترف، و لو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۳- ۳ سنن البيهقى- ج ۱۰ ص ۱۴۱.

۴- ۴ كنز العمال ج ۵ ص ۵۰۷- الطبع الحديث.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۴.

لم يتعرض لجحوده سمعت» بل عن التحرير الجزم بعدم سماع بينته إلا لأخذ المال لو اعترف باعترافه، و مرجعه إلى اشتراط ادعاء الجحود إذا طلب الحكم دون المال، و التردد إذا لم يتعرض لجحوده من اشتراط سماعها به و لم يعلم، و من تنزل الغيبه منزله السكوت النازل منزله الجحود، لاحتماله الجحود فى الغيبه و إن لا يقدر بعد على الإثبات إذا ظهر الجحود.

و لكن لا يخفى عليك إطلاق النص و الفتوى و معقد الإجماع، و ما فى الخبرين من أنه على حجته إذا قدم لا يقتضى اشتراط دعوى جحوده فى الحكم، نعم قد يتوقف فى صوره العلم باعترافه بناء على اشتراط الخصومه فى مطلق القضاء على الحاضر، و قد عرفت الكلام فيه سابقا و المتيقن من الخبرين غير المفروض، نعم لا إشكال فى تناولهما غير معلوم الحال، كما هو واضح.

[المسأله الأولى يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا]

المسأله الأولى:

يقضى على من غاب عن مجلس القضاء مطلقا مسافرا كان بلا خلاف أجده فيه و لو دون المسافه، إلا ما يحكى عن يحيى بن سعيد فاعتبرها، و إطلاق النص و الفتوى حجه عليه، بل و إطلاق(۱)الأمر بالحكم بالبينات و بالقسط و العدل و

نحو ذلك مع عدم الضرر على المحكوم عليه بعد أن كان هو على حجته، و دعوى انسياق بلوغ المسافه من الغائب ممنوعه.

بل مقتضى ما سمعت جواز الحكم عليه و إن كان حاضرا

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآيه ۵۸ و سوره المائده ۵ الآيه ۴۲ و سوره ص: ۳۸ الآيه ۲۶. و الوسائل الباب- ۱ و ۲- من أبواب كيفيه الحكم.

لم يتعذر عليه الحضور نحو سماع البينه عليه بعد المرافعه و إن لم يكن حاضرا عند الشهاده بلا خلاف أجده فيه، نعم لو كان فى المجلس لم يقض عليه إلا بعد علمه كما فى الدروس.

و قيل كما عن المبسوط و تعليق الإرشاد يعتبر فى الحاضر تعذر حضوره مجلس الحكم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن الذى هو محل ضروره.

و فيه أن الأصل مقطوع بما عرفت، و ما فى الخبرين(۱)من أنه على حجته إذا قدم لا يقتضى اختصاص الغائب بذلك، على أن الخصم قد سلم شموله للحاضر المتعذر عليه الحضور، مضافا إلى ما سمعته من خبر أبى سفيان(۲)بناء على أنه من الحكم عليه بما سمعت، و قد قيل:

إنه كان حاضرا بمكه و كذا خبر أبى موسى الأشعرى(۳)بل و صحيح زراره(۴)كل ذلك مع الانجبار بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعا، بل لعلها كذلك بناء على عدم قدح مثل الخلاف المزبور فيه، و الله العالم.

[المسأله الثانيه يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود]

المسأله الثانيه:

يقضى على الغائب فى حقوق الناس كالديون و العقود و الإيقاعات و الأحكام و غيرها لأنها مبنيه على الاحتياط مضافا إلى ما سمعت.

و لا يقضى عليه فى حقوق الله تعالى ك الحد المترتب على الزنا و اللواط، لأنها مبنيه على التخفيف لغنائه عنها، و لذا درئت بالشبهه التى يكفى فيها احتمال أن للغائب حجه تفسد الحجه التى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۴۱.

۳- ۳ كنز العمال- ج ۵ ص ۵۰۷- الطبع الحديث.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

قامت علیه بها بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل نسبه غیر واحد إلی فتوی الأصحاب.

و حینئذ ف لو اشتمل الحکم المدعی به علی الحقین المعینین قضی بما یخص الناس دون حق الله، و ذلک کالسرقه تقوم بها البینه علی الغائب ف یقضی بها بالغرم دون القطع، لما عرفت. و لکن فی المتن و فی القضاء بالقطع تردد لأنهما معلولا- عله واحده، فلا وجه لتبعیض مقتضاها، و لم نجده لغیره، بل هو مناف لجزمه السابق إن کان المراد من إطلاقه ما یشمل المقام.

بل فی المسالک «أن باقی الأصحاب قطعوا بالفرق و انتفاء القطع نظرا إلی وجود المانع من الحکم فی أحدهما دون الآخر، و تخلف أحد المعلولین لمانع واقع کثیرا، و منه فی هذا المثال لو أقر بالسرقه مره، فإنه یثبت علیه المال دون القطع، و لو کان المقر مجحودا علیه فی المال ثبت الحکم فی القطع دون المال، و الأصل فیه أن هذه لیست عللا حقیقه، و إنما هی معرفات الأحکام».

و ربما نوقش بأنها و إن کانت معرفات إلا- أنها یجری علیها حکم العلل التامه، و علی ذلک مبنی حجیه منصوص العله، و التخلف فی المثال المزبور باعتبار حصول العله الشرعیه فی ثبوت أحدهما دون الآخر المفروض فیه اعتبار الحضور مع البینه و تعدد الإقرار، کما أنه عله تامه فی المال الموجود مع صدوره من غیر المحجور علیه فیه.

و بالجمله لا فرق بین العلل الشرعیه و العقلیه بالنسبه إلی ذلک، و الاختلاف هنا لاختلاف العلل، و هو جید إن کان مرجعه إلی ما ذکرناه من درء الحد بالشبهه المتحققه فی المقام. و من هنا یتجه الاقتصار علی

عدم القضاء به خاصه، أما الفسق و نحوه فهو ثابت و إن لم يكن من المال، و إلا فلا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم دليل بالخصوص فى اعتبار الحضور فى القضاء بغير حقوق الناس فى الغائب، خصوصا بعد استدلال غير واحد منهم بالعموم الصالح لشمول الفرض، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه، فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه لو كان صاحب الحق غائبا فطالب وكيله و ادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينه له ألزم بالتسليم]

المسأله الثالثه:

لو كان صاحب الحق غائبا و له وكيل فطالب الوكيل الغريم بما عليه فادعى الغريم التسليم إلى الموكل و لا بينه له ففى الإلزام له بالتسليم تردد بين الوقوف فى الحكم، لاحتمال الأداء، و بين الحكم و إلغاء دعواه، لأن التوقف يؤدى إلى تعذر طلب الحقوق بالوكلاء، و لا ريب فى أن الأول أى الإلزام بذلك أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها عدم دفع الحق المقطوع به شرعا بالمحتمل، و التضرر مع أنه معارض باحتمال مثله أيضا لا يلتفت إليه بعد أن كان هو مقتضى ظاهر الشرع، نعم قد يقال بلزوم التكفيل لو طلبه الدافع، ضروره مساواته لما فى الخبرين(۱)من التكفيل على المدعى على الغائب بعد إقامه البينه أو أولويته منه جمعا بين الحقين و رفعا للنزاع من البين و مصلحه للجانبين، و حينئذ فإذا حضر الموكل أو أقيمت عليه البينه أو نكل عن اليمين استعيد المال و إلا فلا، كما هو واضح.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

[المقصد الرابع فی کیفیه الاستحلاف]

اشاره

المقصد الرابع فی کیفیه الاستحلاف، و البحث فی أمور ثلاثه:

[البحث الأول فی الیمین]

اشاره

الأول فی الیمین و لا خلاف فی أنه لا یستحلف أحد لإیجاب حق أو إسقاطه إلا بالله تعالی شأنه و لو کان کافرا بإنکار أصل واجب الوجود نعوذ بالله فضلا عن غیره، بلا خلاف أجده فی ذلک نصا و فتوی.

قال فی محکی المبسوط: «و إن کان وثنیا معطلا أو کان ملحدا یجحد الوحدانیه لم یغلظ علیه، و عندی أن الوثنی و الملحد یستحلف بالذی یعبده و یعتقد أنه

الخالق و الرازق أو أنه الرازق، اعتقد وحدته أو تعدده أو بإحدی العبارتین، و إن قیل له إن الله هو الخالق الرازق و استحلف بالله ثانیا کان أولی، و اقتصر علی قوله: و الله، فان قیل کیف حلفته بالله و لیست عنده بیمین قلنا: لیزداد إثما و یستوجب العقوبه» انتهی.

و

قال الصادق (علیه السلام) فی صحیح سلیمان بن خالد[1]و حسن الحلبی[2]: «أهل الملل من الیهود و النصاری و المجوس لا یحلفون إلا بالله»

و خبر سماعه[3]«سأله هل یصلح لأحد أن یحلف أحدا من

۱- ۱ لیس لسلیمان بن خالد فی المقام خبر غیر ما سیأتی نقله آنفا.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الأیمان- الحدیث ۳ و اللفظ مصطاد من صحیحه سلیمان بن خالد الآتی و حسن الحلبی.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الایمان الحدیث ۵.

الیهود و النصاری و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا یصلح لأحد أن یحلف إلا باللّه تعالی»

و قوله (علیه السلام) فی صحیح سلیمان بن خالد(۱)«لا تحلفوا الیهودی و لا النصرانی و لا المجوسی بغیر اللّه، إن اللّه عز و جل یقول فَاحْکُمْ بَیْنَهُمْ بِما أَنْزَلَ اللَّهُ»(۲)

و فی خبر الجراح المدائنی(۳)«الیهودی و النصرانی و المجوسی لا تحلفوهم إلا باللّه عز و جل».

بل مقتضی الإطلاق ذلک و إن تراضی الخصمان علی الحلف بغیره، نعم ظاهر النص و الفتوی عدم اعتبار إضافه شی ء من صفات الذات أو الأفعال إلی الاسم فی ترتب الأثر.

و لکن قیل و القائل الشیخ فی المحکی من مبسوطه:

لا یقتصر فی المجوس علی لفظ الجلاله، بل یضم إلی هذه اللفظه الشریفه ما یزیل هذا الاحتمال کخالق الظلمه و النور کما فی الدروس و «کل شی ء» کما فی اللمعه لأنه سمی النور إلها فیحتمل إرادته من المعرف، فلا یکون حالفا باللّه تعالی شأنه، و عن فخر المحققین المیل إلیه، لتوقف الجزم بالحلف منه علی ذلک، بل هو ظاهر الشهید فی الدروس أو صریحه و کذا اللمعه، و هو مناف لما عرفت من الإطلاق المزبور، و احتمال عدم قصده ذلک بل العلم به بعد أن کان الواجب علیه شرعا ذلک لا یقدح، لأن المدار فی ثبوت الأثر دنیا و آخره علی نیه المحلف لا الحالف، فلا یجدیه قصده المزبور بعد أن یذکر له أن المراد منه شرعا الحلف باللّه تعالی واجب الوجود، علی أن الإضافه المزبوره لا یقتضی قصده ذلک، لأنه لا یعتقد کونهما مخلوقین له فلا إله عنده کذلک، و کذا خالق کل شی ء.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الأیمان الحدیث ۱.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۴۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الأیمان الحدیث ۲.

و كيف كان ف لا يجوز الإحلاف بغير أسماء الله سبحانه كالكتب المنزله و الرسل المعظمه و الأماكن المشرفه و نحوها فضلا عن غيرها بلا خلاف أجده للنصوص المزبوره(۱)و

النبوى(۲)«لا تحلفوا إلا بالله»

و صحيح ابن مسلم(۳)«قلت لأبى جعفر (عليه السلام):

قول الله: وَ اللَّيْلِ إِذا يَغْشى وَ النَّجْمِ إِذا هَوى و ما أشبه ذلك، فقال:

إن الله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به»

و نحوه

قول الصادق (عليه السلام) فى صحيح الحلبى(۴): «لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله»

بل

عن النبى (صلى الله عليه و آله)(۵)«من حلف بغير الله فقد أشرك»

و فى آخر(۶)«فقد كفر».

بل ظاهر العباره و غيرها ترتب الإثم بذلك زياده على عدم انقطاع الدعوى، بل كاد يكون صريح الدروس و الروضه، حيث قالا: «و فى تحريمه فى غير الدعوى نظر، من الخبر و الحمل على الكراهه، أما بالطلاق و العتاق و البراءه فحرام قطعا».

و حينئذ فلا يجوز حتى مع التراضى به و ان أدرجاه فى عقد شرعى كالصلح و نحوه على معنى صلح المدعى عن حلف المنكر مثلا بالقسم بغير الله بإسقاط الدعوى، ضروره كونه فى مقام الدعوى، كالصلح عنه بالحلف بالطلاق الذى هو محرم فى نفسه فى غير الدعوى.

و فى التحرير «و لا يجوز الإحلاف بشى ء من ذلك، لأنه بدعه، و كذا لا يجوز بالقرآن و لا بالبراءه من الله تعالى و لا من رسوله (ص) و لا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۲- من كتاب الأيمان.

۲- ۲ المستدرك الباب- ۲۴- من كتاب الأيمان- الحديث ۶ و سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۰- من كتاب الأيمان- الحديث ۳.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۰- من كتاب الأيمان- الحديث ۴.

۵- ۵ المستدرک الباب- ۲۴- من کتاب الأیمان- الحدیث ۲ و سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۹.

۶- ۶ المستدرک الباب- ۲۴- من کتاب الأیمان- الحدیث ۲ و سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۹.

من أحد من الأئمه (علیهم السلام) و لا من الکتب المنزله، و لا یجوز الحلف بالکفر و لا بالعتق و لا بالطلاق».

لکن فی المسالک و المراد بعدم الجواز هنا بالنظر إلی الاعتداد به فی إثبات الحق، أما جواز الحلف فی نفسه بمعنی عدم الإثم به ففیه وجهان من إطلاق الأخبار النهی عنه المقتضی للتحریم، و من إمکان حمله علی الکراهه» و تبعه فی الکفایه، بل ظاهره کون الوجهین فی الإثم به فی الدعوی و إن لم یترتب علیه أثر، و هو غیر ما سمعته من الدروس و الروضه من کونهما فی الحلف بغیر الله تعالی فی غیر الدعوی الشامل للتأکید فی الاخبار عن شی ء فضلا عن غیره و إن کان الانصاف عدم وجه معتد به للتردد فی ذلک، خصوصا بعد السیره المستمره فی سائر الأعصار و الأمصار من العلماء و العوام من القسم بغیر الله

فی نحو ذلک، بل قوله تعالی «جَهْدَ أَیْمانِهِمْ»*(۱)مشعر بوجود أیمان بغیره تعالی، بل یخطر فی بالی وجود القسم فی النصوص(۲)بغیر الله تعالی شأنه.

و فی محکی المبسوط أن الحلف بغیره تعالی مکروه، و عن أبی علی لا بأس أن یحلف الإنسان بما عظم الله من الحقوق، لأن ذلک من حقوق الله عز و جل کقوله: «و حق رسول الله» «و حق القرآن» ثم ذکر نهی النبی (صلی الله علیه و آله) عن الحلف بغیر الله و بالآباء(۳)و احتمل أن یکون ذلک لا شراک آبائهم.

و علی کل حال ففی المتن و غیره لو رأی الحاکم أن إحلاف الذمی بما یقتضیه دینه أردع جاز نعم فی اللمعه و الروضه إلا أن یشتمل علی محرم، کما لو اشتمل الحلف علی الأب و الابن تعالی الله

۱- ۱ سوره المائده: ۵- الآیه ۵۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۰- من کتاب الأیمان- الحدیث ۶ و ۷.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۲۸ و ۲۹.

عن ذلک، و لعله ل

خبر السکونی(۱)«أن أمیر المؤمنین (علیه السلام) استحلف یهودیا بالتوراه التی أنزلت علی موسی (علیه السلام)»

و لکن مع ضعفه و احتمال اختصاص ذلک بالإمام (علیه السلام) کما عن الشیخ فی التهذیب أو بواقعه خاصه، أو الحلف بمن أنزلها علیه أو الغلظ بذلک مع الحلف بالله لا تصلح معارضه(۲)للنصوص السابقه فی ذلک، فضلا عن التعدیه من مضمونها إلی غیره، علی أنها لو صلحت لإثبات ذلک لم یختص بما إذا رآه الحاکم، بل لو اقترحه المدعی أجیب إلیه.

و أما

صحیح ابن مسلم(۳)عن أحدهما (علیهما السلام) قال: «سألته عن الأحکام، فقال: فی کل دین ما یستحلفون به» و عن بعض النسخ «ما یستحلون به»

و علی التقدیرین فهو مجرد إخبار عن شرائعهم، لا أن المراد منه جواز الحلف بغیر الله کی ینافی النصوص السابقه، و کذا

خبر محمد بن قیس(۴)قال: «سمعت أبا جعفر (علیه السلام) یقول: قضی علی (علیه السلام) فی من استحلف أهل الکتاب بیمین صبر أن یستحلفه بکتابه و ملته»

بناء علی اختصاصه بالإمام (علیه السلام) إذا علم أن ذلک أردع لهم کما عن الشیخ، بل ربما احتمل کون المجرورین فی «کتابه» و «ملته» راجعین إلی من استحلف، فتوافق الأخبار السابقه.

و علی کل حال یستحب للحاکم تقدیم العظه علی الیمین و التخویف من عاقبتها بذکر ما ورد من ذلک له من الترغیب فی الترک و التخویف من الفعل، و أنها إذا وقعت کاذبه تدع الدیار بلاقع(۵)و أنه مبارز لله تعالی(۶)و یخشی علیه من انقطاع النسل و الفقر فی عقبه(۷)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الأیمان- الحدیث ۴.

۲- ۲ هکذا فی النسخه الأصلیه، و الصحیح« لا یصلح معارضا» و کذلک الضمائر التی تلیه فإنها ترجع الی خبر السکونی.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الأیمان- الحدیث ۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۲- من کتاب الأیمان- الحدیث ۸.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الأیمان- الحدیث ۱۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الأیمان- الحدیث ۴.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الأیمان- الحدیث ۱ و ۷.

بـل فی بعض النصوص(۱)أن الحـالف بـالله صادقـا آثم إلی غیر ذلک مما ورد(۲)من التوعـد علی وقوعهـا کاذبا و الترغیب فی ترکها تعظیما(۳)لله، کما

روی(۴)«أن حضـرمیا ادعی علی کندی فی أرض من الیمن أنه اغتصـبها أبو الکندی فتهیأ الکندی للیمین، فقال (صلی الله علیه و آله): لا یقطع أحد مالا بیمین إلا لقی الله أجذم، فقال الکندی: هی أرضه».

و یکفی أن یقول: و الله ما له قبلی حق لإطلاق الأدله و إن کان قـد یغلظ الیمین بالقول و الزمان و المکان لکن ذلک غیر لازم و لو التمسه المدعی، بل هو

مستحب لخصوص الحـاکم استظهارا فی الحکم خلافـا لأبی حنیفه، فلا یری بالمکان تغلیظا، و للشافعی فیراه شـرطا، و لا یغلظ علی المخـدره بحضور الجـامع و نحوه، وفاقـا لمحکی النهـایه و التحریر، خلافـا لمـا عن المبسوط من أنهـا کالبرزه، ثم البرزه إن کانت طاهره حضرت المسجد و إلا فعلی بابه.

و کیف کان فلا ینافی ذلک ما ستسـمع من عدم وجوب ذلک علی المدعی علیه، بل ربما قیل برجحان اختیاره للیمین المخففه، و مـا عن بعض العامه من اسـتحبابه للحالف واضـح الضـعف، کوضوح ما عن آخر منهم من وجوب التغلیظ إذا التمسه المـدعی، نعم قـد یقال: إنه لا فائـده فی رجحانه للحاکم بعـد فرض عدم وجوب التزام الحالف به، و یدفعه أن ذلک لا ینافی اسـتحبابه له، علی أنه قد یعتبر به، بل ربما کان له طریق إلی إلزامه ببعض أفراد التغلیظ، کما ستعرفه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الأیمان- الحدیث ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من کتاب الأیمان.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱ و ۳- من کتاب الأیمان.

۴- ۴ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۱۸۰.

و كيف كان فالتغليظ بالقول مثل أن يقول: و الله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المدرك المهلك الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه ما لهذا المدعى على شى ء مما ادعاه.

و يجوز التغليظ بغير هذه الألفاظ مما يراه الحاكم بحسب الأشخاص، و ستسمع ما كتبه أمير المؤمنين (عليه السلام) فى يمين الأخرس(۱)

و عنه (عليه السلام)(۲)«أحلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برى ء من حول الله و قوته، فإنه إذا حلف فيها كاذبا عوجل، و إذا حلف بالله الذى لا إله إلا هو لم يعاجل، لأنه و حد الله سبحانه و تعالى».

و بالمكان كالمسجد و الحرم و ما شاكله من الأماكن المعظمه و الحضرات المشرفه و غيرها، و خصوصا منبر النبى (صلى الله عليه و آله)

فعنه (ص)(۳)«من حلف على منبرى هذا يمينا كاذبه تبوأ مقعده من النار»

و فى آخر(۴)«لا يحلف أحد عند منبرى هذا على يمين آثمه و لو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار أو وجبت له النار»

و عنه (صلى الله عليه و آله) أيضا(۵)«من حلف على منبرى هذا يمينا كاذبه استحل بها مال امرئ مسلم فعليه لعنه الله و الملائكه و الناس أجمعين».

و بالزمان كيوم الجمعه و العيد و شهر رمضان و غيرها من الأوقات المكرمه المشار إليها بقوله تعالى(۶):

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۳- من كتاب الأيمان الحديث ۲.

۳- ۳ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۷۶.

۴- ۴ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۷۶.

۵- ۵ مجمع الزوائد: ج ۳ ص ۳۰۷.

۶- ۶ سوره المائده: ۵- الآيه ۱۰۶.

«تَحْبِسُونَهُما مِنْ بَعْدِ الصَّلاهِ» المفسر بما بعد صلاه العصر، و

عنه (صلى الله عليه و آله)(۱)«ثلاثه لا ينظر الله إليهم يَوْمَ الْقِيامَهِ وَ لا يُزَكِّيهِمْ وَ لَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ:

رجل تابع إمامه فان أعطاه و فى له به، و إن لم يعطه خانه، و رجل حلف بعد العصر يمينا فاجره ليقطع بها مال امرئ مسلم.»

و يغلظ على الكافر بالأماكن التى يعتقد شرفها و الأزمان التى يرى حرمتها كالبيع و الكنائس، لما تسمعه من خبر الحسين بن علوان(۲)المؤيد بالاعتبار المشتمل على بيوت النار التى ربما احتمل عدم التغليظ فيها لعدم حرمتها عند الله، بخلاف البيع و الكنائس، و لكن فيه أن العبره، ارتداع الحالف بما يعتقده معظما، نعم ربما قيل: إنهم إنما يعظمون النار لا بيوتها، إلا أن الظاهر خلافه، و لعل من ذلك بيوت الأصنام للوثنى، لكن قيل: إنهم لم يعتبروها.

و كذا يغلظ عليه بالأقوال التى يرى حرمتها كالكلمات العشر، و قد

روى(۳)«أنه (صلى الله عليه و آله) حلف يهوديا بقوله: و الله الذى أنزل التوراه على موسى»

و فى آخر(۴)«أنه (صلى الله عليه و آله) قال لابن صوريا: أنشدك الله الذى لا إله إلا هو الذى فلق البحر لموسى و رفع فوقكم الطور و أنجاكم و أغرق آل فرعون و أنزل عليكم كتابه و حلاله و حرامه هل فى التوراه الرجم على من أحصن؟

- و فى آخر(۵)أنشدكم بالله الذى نجاكم من آل فرعون و أقطعكم البحر و ظلل

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۱۷۷ مع اختلاف يسير.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۳- ۳ سنن أبى داود- ج ۲ ص ۲۸۱- ط عام ۱۳۷۱.

۴- ۴ مجمع البيان ذيل الآيه ۴۱ من سوره المائده.

۵- ۵ سنن أبى داود- ج ۲ ص ۲۸۱- ط عام ۱۳۷۱.

علیکم الغمام و أنزل علیکم المن و السلوی أ تجدون فی کتابکم الرجم؟- فقال ابن صوریا: ذکرتنی بعظیم لا یسعنی أن أکذبک»

إلی غیر ذلک من أحوال التغلیظ التی یراها الحاکم.

و یستحب للحاکم التغلیظ فی الحقوق کلها و إن قلت استظهارا عدا المال فإنه لا یغلظ فیه بما دون نصاب القطع علی المشهور، کما فی المسالک، بل فی الریاض نفی الخلاف فیه، بل فی کشف اللثام نسبته إلی قطع الأصحاب، و أن فی الخلاف الإجماع علیه، و فی المبسوط أنه الذی رواه أصحابنا، لکن فی الأول «ذکروا أنه مروی و ما وقفت علی مستنده، و للعامه اختلاف فی تحدیده بذلک أو بنصاب الزکاه و هو عشرون دینارا أو مأتا درهم، و لیس للجمیع مرجع واضح».

قلت: لعله- مضافا إلی ما سمعت-

المرسل أو الصحیح عن زراره و محمد بن مسلم(۱)عنهما (ع) جمیعا «لا یحلف أحد عند قبر النبی (صلی الله علیه و آله) علی أقل مما یجب فیه القطع»

بناء علی قراءته بالتشدید و إراده مطلق التغلیظ من الحلف عند قبر النبی (صلی الله علیه و آله) نعم لم نقف علی عموم یقتضی استحبابه کذلک علی کل أحد، و إنما الذی وقفنا علیه التغلیظ فی واقعه الأخرس(۲)و فی یمین الاستظهار(۳)

و خبر الحسین بن علوان(۴)المروی عن قرب الاسناد عن جعفر عن أبیه (علیهما السلام) «أن علیا (علیه السلام) کان یستحلف الیهود و النصاری فی بیعهم و کنائسهم و المجوس فی بیوت نیرانهم، و یقول:

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۲.

شددوا علیهم احتیاطا للمسلمین»

و ما عساه یظهر من فحوی المرسل أو الصحیح المزبور.

[فرعان]

[الفرع الأول لو امتنع عن الإجابه إلی التغلیظ لم یجبر]

الأول:

لو امتنع عن الإجابه إلی التغلیظ لم یجبر، و لم یتحقق بامتناعه النکول بلا خلاف أجده فیه إلا عند من ستعرف، للأصل بعد إطلاق ما دل علی کون الواجب الحلف بالله من

قوله (علیه السلام)(۱): «من حلف بالله فلیصدق، و من حلف له بالله فلیرض، و من لم یرض فلیس من الله»

و غیره.

خلافا للمحکی عن بعض العامه من وجوب الإجابه علیه، و تحقق النکول بالامتناع لو طلبه الحاکم منه، و لعل وجهه أنه لا فائده فی استحبابه للحاکم مع فرض عدم وجوبه علی المدعی علیه، مضافا إلی استمرار السیره علی توجیه الیمین مغلظه علی المنکر مثلا مع عدم إخباره بعدم وجوبه علیه و إجراء حکم النکول علیه مع احتمال کونه لتغلیظه لا لأصله، إلا أن ذلک کله کما تری.

و عن آخر منهم تخصیصه بالتغلیظ الزمانی و المکانی دون القولی الذی هو من جنس المأتی به، فلم یکن ترکه مخالفا للحاکم بخلاف الآخرین، و فیه أنه یمکن أن یکون الأمر بالعکس، ضروره تعدد أفراد الیمین، فمتی وجه الحاکم أحدها جری حکم النکول و غیره علیها، و لذا حکم علی الأخرس

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من کتاب الأیمان- الحدیث ۳.

بالامتناع من شربها و قد كانت مغلظه، و قد تقدم الخبر(۱)المتضمن ليمين الاستظهار مغلظه و أنه إن لم يحلف كذلك لا حق له، بخلاف اقتراح الزمان و المكان، اللهم إلا أن يكون من جهه جواز تأخير المـدعى دعواه مثلا إلى الزمان المراد به، و كذا المكان المزبور لو فرض اتفاق وجود المدعى عليه فيه، أو استعدى الحاكم فيه و هو غير ما نحن فيه، كما هو واضح.

لكن فى كشف اللثام الموافقه على ذلـك، فلم يجوز الجبر فى التغليـظ القولى. قـال: «أمـا بالزمـان و المكـان فيجبر عليهمـا، فان اليمين حق للمدعى لا يحلف إلا إذا حلفه، و المستحلف إنما هو الحاكم، فأينما يحلفه وجب عليه الحلف».

قـال فى المبسوط: «و لا ـ يجلب إلى مكه أو المـدينه ليستحلف، بـل يسـتحلفه الحاكم فى الموضع الشـريف فى مكانه، فان امتنع بجنـد أو بعز استحضـره الامام ليستحلفه فى المكان الأشـرف، اللهم إلا أن يكون بالقرب من موضـعه- و قيل: بلـد الامام- قاض يقدر عليه فيستحضره ذلك القاضى، و يستحلفه فى المكان الشريف».

قلت: و لكن لا يخفى عليك أن هـذا و نحوه ليس جبرا على التغليظ المفروض عـدم وجوبه عليه من حيث كونه كـذلك، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد.

و لو ادعى العبـد- و قيمته أقـل من نصـاب القطع- العتق فـأنكر مولاـه لم يغلـظ، و لو رد فحلف العبـد غلـظ عليه، لأن العتق ليس بمال، و لا المقصود منه المال.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱.

[الفرع الثانی لو حلف أن لا یجیب إلی التغلیظ فالتمسه خصمه لم تنحل یمینه]

الفرع الثانی:

لو حلف أن لا یجیب إلی التغلیظ فالتمسه خصمه لم تنحل یمینه لأنه مرجوح من طرفه و إن استحب للحاکم، ضروره عدم التلازم بینهما، فینعقد حینئذ علی ترکه، و لا دلیل علی جواز حله منه أو من الحاکم، و حق المستحلف متأخر عن لزوم

الیمین، و ما ورد(۱)من أن طرو أولویه المحلوف علی ترکه تبیح الحل لا تجدی، إذ لا أولویه للحالف و إن التمسه الخصم أی طلبه منه.

هذا و لکن فی الدروس «و لو حلف علی عدمه ففی انعقاد یمینه نظر، من اشتمالها علی ترک المستحب، و من توهم اختصاص الاستحباب بالحاکم».

و فیه أنه لا خلاف أجده فی اختصاص الاستحباب به، بل فی الریاض نسبته إلی ظاهر النص و الفتوی بخلاف من علیه الحلف، فإن الأرجح له ترک التغلیظ، بل الأرجح له ترک الحلف بالله، کما فی

الخبر(۲)قال:

«حدثنی أبو جعفر (علیه السلام) أن أباه کانت عنده امرأه من الخوارج- إلی أن قال-: قضی لأبی أنه طلقها فادعت علیه صداقها فجاءت به إلی أمیر المدینه تدعیه، فقال أمیر المدینه: یا علی إما أن تحلف و إما أن تعطیها، فقال: یا بنی أعطها أربعمائه دینار، فقلت له: یا أبت جعلت فداک ألست محقا؟ قال: بلی و لکنی أجللت الله أن أحلف یمین صبر».

و خصوصا إذا کان المدعی به ثلاثین درهما،

للخبر(۳)أیضا «إذا ادعی علیک مال و لم یکن له علیک بینه فأراد أن یحلفک فان بلغ مقدار

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من کتاب الأیمان.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الأیمان الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من کتاب الأیمان الحدیث ۱.

ثلاثين درهما فأعطه و لا تحلف، و إن كان أكثر من ذلك فاحلف و لا تعطه».

و من هنا قال في كشف اللثام معرضا بما سمعته من الدروس:

«و احتمال عدم انعقاد اليمين باستحباب التغليظ في غايه الضعف».

نعم لا- تنعقد يمينه مع فرض وجوب الإجابه إليه فيما ذكرناه من الصوره السابقه و هي ما لو أخر المدعي دعواه إلى الزمان أو المكان الشريفين فطلبه و طلبه

الحاكم، و في كشف اللثام هنا «أما التغليظ القولي فقد عرفت أنه لا يجبر عليه بلا يمين فمعها أولى، و أما الزماني و المكاني فالظاهر أنه ليس للحالف و لا الحاكم التأخر لهما إذا طالب المدعي، إذ ربما يضيع الحق» و لعله يريد ما ذكرنا و إلا فقد عرفت فيما مضى خروجه عن مفروض المسأله فتأمل.

هذا و لكن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من إشكال، ضروره إمكان منع الكراهه في اليمين بالله بعد وجوبها عليه للمدعي، و خصوصا في نحو دعوى قصاص الأطراف، بل و كذا المغلظه منها بعد أمر الحاكم بها كذلك للاستظهار المأمور به استحبابا الذي يحصل بوقوعه من الحالف أو عدمه، بل لا- يخفى استبعاد رجحان التغليظ للحاكم على وجه يأمر به من عليه اليمين مع استحباب عدمه من الحالف و إن كان مخالفا للحاكم الذي لا ينبغي أن يأمره بما هو مكروه في حقه، كما هو مقتضى القول المزبور، و الله العالم.

و كيف كان فالمشهور أن حلف الأخرس بالإشاره المفهمه كغيره من إنشائه عقدا أو إيقاعا و إقرارا، بل قد عرفت الاجتزاء بها في تكبيره و تلبيته و غير ذلك مما تقدم البحث فيه في العبادات و غيرها(۱)بل قد تقدم هناك تحرير موضوعه.

۱- ۱ راجع ج ۹ ص ۳۱۵- ۳۱۹ و ج ۳۲ ص ۶۰- ۶۱.

و ذكر المصنف هنا أنه قيل: حلفه بخصوص وضع يده على اسم الله فى المصحف أو يكتب اسمه سبحانه و يوضع يده عليه إن لم يوجد المصحف.

و قيل: يكتب صوره اليمين فى لوح مثلا و يغسل و يؤمر بشربه بعد إعلامه، فان شربه كان حالفا، و إن امتنع ألزم الحق استنادا إلى حكم على (عليه السلام) فى واقعه الأخرس المشهوره المرويه فى

صحيح محمد بن مسلم(۱)قال: «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين فأنكر؟

فقال: إن أمير المؤمنين (عليه السلام) أتى بأخرس فادعى عليه فأنكر و لم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بلغت للأمه جميع ما تحتاج إليه، ثم قال:

ائتونى بمصحف فأتى به، فقال للأخرس: ما هذا فرفع رأسه إلى السماء و أشار إلى أنه كتاب الله تعالى، ثم قال: ائتونى بوليه، فأتى له بأخ فأقعده إلى جنبه، ثم قال: يا قنبر على بدواه و صحيفه، فأتاه بهما، ثم قال لأخ الأخرس: قل لأخيك: هذا بينك و بينه أنه على، فتقدم إليه بذلك، ثم كتب أمير المؤمنين (عليه السلام) و الله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم السر و العلانيه أن فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان أعنى الأخرس حق و لا طلبه بوجه من الوجوه و لا سبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشربه، فامتنع فألزمه الدين».

لكن لم أعرف القولين لأحد من أصحابنا و إن نسب الأول إلى النهايه، و لكن الموجود فيها «و إذا أراد الحاكم أن يحلف الأخرس حلفه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

بالإشاره و الإيماء إلى أسماء الله تعالى و بوضع يده على اسم الله فى المصحف، و يعرف يمينه على الإنكار كما يعرف إقراره و إنكاره، و إن لم يحضر المصحف و كتب اسم الله و وضعت يده عليه جاز، و ينبغى أن يحضر معه من له عاده بفهم أغراضه و إيمائه و إشارته، و قد روى أنه يكتب» إلى آخره، و هو كالصريح فى عدم اختصاص ذلك و أن المدار على الإشاره التى أحد أفرادها ذلك.

و الثانى إلى ابن حمزه، لكن الموجود فى وسيلته «و الأخرس يتوصل الحاكم إلى معرفه إقراره و إنكاره و إلى تعريفه حكم الحادثه بالإشاره، و أحضر مجلس الحكم من يفهم أغراضه و أمكنه إفهامه، و إذا أراد تحليفه إذا توجه عليه وضع يده على المصحف و عرفه حكمها و حلفه بالإيماء إلى أسماء الله تعالى، و إن كتب اليمين على لوح ثم غسلها و جمع الماء فى شى ء و أمره بشربه جاز، فان شرب فقد حلف، و إن أبى ألزمه الحق».

و هى أيضا صريحه فى عدم تعيين ذلك. و من هنا حكى عن المقداد نفى البعد عنه، قال: «فإن الإشاره لا تنافيه، بل هذا أحد جزئياتها».

لكن لا يخفى عليك أن ظاهر العباره يقتضى اعتبار الخصوصيه المزبوره، و احتمال كون المراد منها الجواز بعيد، إلا أنه عليه يكون المشهور عدم جوازه بذلك، لكونه ليس من أفراد الإشاره، و تحمل الصحيحه حينئذ على قضيه فى واقعه كما فى التحرير أو على كون ذلك بطريق التغليظ أو على أخرس لم يكن له إشاره مفهمه، كما عن السرائر و إن كان ينافيه رفع رأسه إلى السماء أو غير ذلك مما لا يقتضى الخروج عن قاعده الأخرس الذى إشارته نطقه المعتضده بعمل الأكثر هنا، بل عامه من تأخر حتى الفاضل المقداد الذى قد عرفت بناء جواز ذلك على زعمه أنه أحد أفراد الإشاره، و لكن مع ذلك كله فالأحوط الجمع بينهما مع رضا الأخرس و إلا فالإشاره.

و لا يستحلف الحاكم أحدا إلا فى مجلس قضائه بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به فى الرياض، بل فيه ظاهرهم الإجماع، كما يستفاد من كثير، منهم المقدس الأردبيلى و الخراسانى، و لعله لأصاله عدم انقطاع الدعوى بغيره بعد الشك أو الظن بعدم تناول الإطلاق الوارد فى تعليم ميزان القضاء للحكام لغير الفرض و لو للاتفاق المزبور، بل يمكن دعوى انسياق ذلك منه خصوصا

النصوص المستفيضه(۱)المشتمله على الشكوى من نبى من الأنبياء إلى الله تعالى من القضاء بما لم تر العين و لم تسمع الاذن، فقال: «اقض بينهم بالبينات و أضفهم إلى اسمى يحلفون به»

الظاهره فى مباشره ذلك بنفسه، فلا تصح الاستنابه فيه حينئذ.

نعم ذكر غير واحد من الأصحاب- بل نفى بعضهم الخلاف فيه أيضا- أن ذلك كذلك إلا مع العذر كالمرض المانع من الحضور و شبهه، فحينئذ يستنيب الحاكم من يحلفه فى منزله، و كذا المرأه التى لا عاده لها بالبروز إلى مجمع الرجال أو الممنوعه بأحد الأعذار كحيض و نحوه مما يمنع دخول المسجد لو جلس فيه القاضى أو المانع لها من أصل الخروج. و بالجمله متى كان المانع عذرا شرعيا و لو العسر و الحرج المانعان من التكليف جازت الاستنابه و إن تمكن الحاكم من الوصول بلا نقص و مشقه عليه.

لكن الإنصاف صعوبه استنباط ذلك من الأدله بعد فرض عدم سوقها لبيان ذلك أو فرض كون المنساق منها الأول، فلا إطلاق حينئذ يوثق به، فليس حينئذ إلا الأصل المقتضى لما عرفت، و لعله لذا حكى عن بعضهم وجوب مضى الحاكم

مع فرض عدم النقص عليه، إلا أنه كما ترى مناف للأصل المعتضد بالمعلوم من الشرع خلافه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب كيفيه الحكم.

نعم لا بأس بالقول بوقوف الدعوى حتى يرتفع العذر نحو ما سمعته فى الغائب و غيره ممن يتوجه عليه اليمين و لكنه غير حاضر، فإن إيقاف الدعوى لعدم حصول شرط ميزان القضاء غير عزيز، اللهم إلا أن يكون هناك إجماع يقطع العذر، و الله العالم.

[البحث الثانى فى يمين المنكر و المدعى]

اشاره

البحث الثانى فى يمين المنكر و المدعى لا إشكال و لا خلاف فى كون الأصل فى اليمين أن تتوجه على المنكر تعويلا على الخبر بل الأخبار(۱)الداله على ذلك و على الإجماع بقسميه عليه و لا ينافى ذلك توجه اليمين على المدعى مع الرد للنصوص(۲)السابقه أو النكول على الأصح و مع الشاهد الواحد و إذا كان أمينا و نحو ذلك، بل قد تتوجه مع اللوث فى دعوى الدم كما تسمعه إنشاء الله، ضروره كون الجميع للأدله المخرجه عن الأصل المزبور الذى هو بمعنى القاعده الشرعيه المستفاده مما عرفت.

و على كل حال ف لا يمين للمنكر مع بينه المدعى التى هى حجه شرعا من دون ضم يمين المدعى معها لانتفاء التهمه عنها (۱۱) و ما فى بعض النصوص(۳)من تحليفه معها استظهارا قد عرفت البحث فيه سابقا و (۱۲) أنه مذهب بعض العامه.

نعم مع فقدها فالمنكر مستند إلى البراءه الأصليه، فهو أولى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

بالیمین علی نفی الدعوی من المدعی علی إثباتها إلا إذا رده.

و مع توجهها علیه أو علی المدعی یلزم الحلف علی القطع و البت مطردا و إن کان مستنده أماره شرعیه من ید و نحوها، لأنه المنساق من النصوص الموجبه له، بل کاد یکون صریح خبری الأخرس(۱)و ابن أبی یعفور(۲)و الصحیح المشتمل علی یمین الاستظهار(۳)و غیر ذلک.

نعم قال غیر واحد من أصحابنا إلا علی نفی فعل الغیر، فإنها علی نفی العلم به بخلاف إثباته أو نفی فعل نفسه أو إثباته لتعسر العلم بالنفی فی الأول غالبا، و لو فرض جاز له الحلف علی البت و علی نفی العلم، و مرجعه إلی اعتبار الجزم فی المحلوف علیه دائما بعد فرض عدم توجه الیمین علی المدعی علیه إلا مع دعوی العلم به علیه، و حینئذ فیمینه علی نفیه علی البت باعتبار تعلقه فی أمر یرجع إلی نفسه، و لعله لذا فی القواعد بعد ما ذکر الاستثناء المزبور قال: «و الضابط أن الیمین علی العلم دائما» و نحوه عن التحریر، بل لعل إلی ذلک یرجع ما عن ابن أبی لیلی من کونه علی البت مطلقا، خلافا للمحکی عن الشعبی و النخعی فعلی نفی العلم مطلقا.

لکن ذکر بعض متأخری المتأخرین أنه لا وجه للاستثناء المزبور حینئذ، ضروره کونه حینئذ علی البت دائما، و قد یدفع بإمکان إراده الأصحاب الاجتزاء به فی مثل الفرض الذی متعلق الدعوی فیه فعل الغیر، و أنه عالم به و إن کان متعلقه نفی العلم به لا العلم بنفیه بخلاف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.

غيره من الصور، فإنه لا يجزئ و إن كان فى ضمن دعوى المدعى العلم به أيضا فتأمل جيدا. و قد تقدم تحقيق الحال فى جواب المنكر بقول:

لا أعلم و لا أدرى، فلاحظ و تأمل و إن أطنب بها بعض متأخرى المتأخرين هنا.

و على كل حال ف قد ظهر لك أنه لو ادعى عليه ابتياع أو قرض أو جنايه فأنكر حلف على الجزم لأنه فعل نفسه.

و أما لو ادعى على أبيه الميت مثلا لم يتوجه عليه اليمين ما لم يدع عليه العلم، فيكفيه الحلف أنه لا يعلم.

و كذا لو قال المدعى عليه قد قبض ما على وكيلك فإنه يكفيه حينئذ الحلف على نفى العلم إن ادعى عليه، و إلا انحصر الإثبات بالبينه، لكن فى كشف اللثام «فإذا حلف الموكل أثبت المدعى قبض الوكيل أو حلف على البراءه» و فيه أنه لا وجه للحلف بدون رضا الموكل، بل و مع رضاه إن لم نقل: إنها من اليمين المردوده، بناء على أن المراد منها كل يمين رضى بها المدعى عليه من المدعى و إن لم تتوجه عليه، كما فى الوارث و نحوه.

و لو كانت الدعوى عليه بأن عبده جنى على المدعى بما يوجب استحقاقه أو بعضه و أنكر ففى كونه كالميت باعتبار أنه فعل الغير، فلا يتوجه عليه يمين إلا مع دعوى العلم، فيجزؤه حينئذ الحلف على نفيه، أو كونه كالدعوى عليه نفسه باعتبار أن العبد مال له فهو الغريم المدعى عليه، وجهان، و لذا قال فى القواعد: «و هل يثبت اليمين على البت على المولى فى نفى أرش الجنايه عن العبد؟ إشكال» و لعله من أنه الغريم و من أنه فعل الغير، و فى كشف اللثام ما حاصله «أنه على الأول ينحصر إثبات حقه حينئذ بالبينه إذا حلف على نفى العلم أو اعترف به المدعى، و على الثانى إن نكل عنها لزم الأرش بحلف المدعى أو لا به

و إن حلف على عدم العلم».

و لعل الوجه الأول وفاقا لكشف اللثام و محكى التحرير و الدروس و المجمع، و فى المسالك «و ربما بنى الوجهان على أن أرش الجنايه يتعلق بمحض الرقبه، أم بالرقبه و الذمه جميعا حتى يتبع بما فضل بعد العتق، فان قلنا بالأول حلف على البت، لأنه يحلف و يخاصم لنفسه، و إن قلنا بالثانى فعلى نفى العلم، لأن للعبد على هذا ذمه» و فيه أن المخاصمه لنفسه لا توجب أن يكون فعله فعله، و إلا فالوارث يخاصم لنفسه، و يحلف على نفى العلم.

و أما لو كانت الدعوى إتلاف بهيمته التى قصر فى حفظها ففى القواعد و محكى التحرير يجب الحلف على البت، لأنها لعدم شعورها بمنزله الآله و فعلها بمنزله فعل ربها، و حينئذ فإن نكل قضى عليه به أو برد اليمين على المدعى، لكن فى محكى الدروس على قول، و ظاهره التردد، بل فى كشف اللثام عن بعضهم الحلف على نفى العلم، و هو المحكى عن الأردبيلى، و حينئذ فلا نكول بعدم الحلف على البت، بل لا يمين إن لم يدع عليه العلم. لكن فى كشف اللثام «و الحق أنه إن علم العدم حلف على البت، و إلا فعلى نفى العلم، و إذا حلف عليه أثبت المدعى الإحلاف أو حلف عليه، و فيه الاشكال السابق فى دعوى قبض الوكيل» و فى الحواشى المنسوبه للشهيد «أن العبد يخالف البهيمه من وجهين: الأول أن البهيمه لا تضمن جنايتها إلا مع التفريط بخلافه، الثانى أن جنايه العبد تتعلق برقبته، فإذا أتلف لم يضمن مولاه بخلاف البهيمه، فإنها إذا أتلفت بتفريط فان المالك يضمن جنايتها، و لا تتعلق برقبتها».

و لو نصب البائع وكيلا ليقبض الثمن و سلم المبيع فقال له المشترى:

إن موكلك أذن فى تسليم المبيع و أبطل حق الحبس و أنت تعلم ففى الاكتفاء

بـالحلف على نفى العلم، لأنها لنفى فعل الغير، أو لا بـد من اليمين على البت، لأنه يثبت لنفسه اسـتحقاق اليـد على المبيع، فان لم يحلف قضى عليه بالنكول أو برد اليمين، وجهان كما فى المسالك.

و كـذا لو طولب البـائع بتسـليم المبيع فـادعى حـدوث عجز عنه، و قـال للمشترى: أنت عـالم به ففى المسالك «قيل: يحلف على البت، لأنه يستبقى بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، و يحتمل الحلف على نفى العلم، لأن متعلقه فعل الغير».

و فيهـا أيضـا «أنه لو مـات عن ابن فى الظـاهر فجـاء آخر و قال: أنا أخوك فالميراث بيننا فأنكر قيل: يحلف على البت أيضا، لأن الإخوه رابطه جامعه بينهما، و يحتمل قويا على نفى العلم كالسابقه» إلى غير ذلك مما ذكروه فى المقام.

و لكن تحقيق الحـال فى ذلـك متوقف على تحقيق اقتضـاء الـدعوى المتعلقه بفعـل الإنسـان نفسه نفيا و إثباتا و بفعل الغير إثباتا يمينا على البت أو ردا، و إلا كان ناكلا قضـى عليه به أو بردها من الحاكم، و لا يجـديه الجواب بنفى العلم و إن صـدقه المدعى فضلا عما لو ادعاه عليه أيضا، فإن جميع هذه الفروع مبنيه على ذلك.

و قد تقدم سابقا فى جواب المنكر ما يستفاد منه المناقشه فى ذلك، و نزيد هنا بأنه لا دليل على تسبيبها ذلك، و ما فى

النصوص(۱)من أن «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

ينساق منه حال كون الجواب إنكارا، خصوصا بعد ما فى

الخبر الآخر(۲)من أن «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بل هو كالمقيد للأول بناء على إراده الحصر عنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳ و فيه « البينه على من ادعى.».

و کون الإنکار الجواب بالنفی علی البت دون نفی العلم، و إلا کان الیمین علیه و لو علی نفی العلم و إن لم یـدعه المدعی علیه، فتتفق النصوص حینئذ أجمع، خصوصا بعد استفاضه النصوص علی عدم الحلف إلا علی العلم،

قال الصادق (علیه السلام) فی خبر هشام بن سالم(۱): «لا یحلف الرجل إلا علی علمه»

و فی خبر أبی بصیر(۲)و

مرسل یونس(۳)«لا یستحلف الرجل إلا علی علمه»

مع زیاده «و لا تقع الیمین إلا علی العلم استحلف أو لم یستحلف».

و دعـوی أن تعـذر العلم علیه یـوجب الرد علیه لیس بـأولی من القول بـأن الواجب علیه الحلف علی مـا یعلمه من عـدم العلم بما یدعیه المدعی و إن کانت الدعوی متعلقه بفعل نفسه، إذ لا دلیل بالخصوص علی الاجتزاء به فی نفی فعل الغیر دون فعل النفس مع فرض اتحادهما کـذلک، و اعتبار البت فی الیمین فی کلام الأصـحاب علی وجه یقتضـی عدم الاجتزاء بها علی نفی العلم إلا إذا کان متعلقها فعل الغیر إنما هو حیث تتوجه علیه یمین کذلک، کما إذا کان جوابه الإنکار المحض علی ما هو الغالب.

و بـذلک یظهر لـک حینئـذ مـا فی الفروع السـابقه جمیعهـا و أنه لا ـ فرق فی الحکم فیهـا بین القول بتعلقهـا فی فعل الغیر أو فعل المـدعی علیه فی الاجتزاء بیمین نفی العلم مطلقا أو إذا ادعی علیه» و إلا کان طریق إثباتها منحصـرا فی البینه، نحو الـدعوی علی الصغیر و المجنون و الغائب و نحوهم.

هذا کله بناء علی عدم جواز حلفه علی البت بمقتضـی الأصول و لو یقول: «لا حق لک علی» و «لا تسـتحق علی شیئا» و نحوهما» و إلا کان له الحلف حینئذ علی ذلک أو رد الیمین و إلا کان ناکلا.

ثم لا یخفی علیک أن الدعوی یختلف کیفیه إبرازها، فقد تبرز علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من کتاب الأیمان الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲- من کتاب الأیمان الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۲- من کتاب الأیمان الحدیث ۴.

وجه تتعلق بالمدعى عليه و إن كانت فى الواقع هى متعلقه بفعل الغير، كما إذا ادعى عليه مثلا أن ما فى يده من المال له من دون قول: «قد غصبه مورثك» مثلا، و لا ريب فى استحقاقه اليمين حينئذ على النفى واقعا لا على عدم العلم، و قد تقدم ما يستفاد منه زياده تحقيق للمقام.

و من التأمل فى جميع ما ذكرنا يظهر أن الـذى أوقع بعض الناس فى الوهم إطلاق اعتبار الجزم فى اليمين على وجه لا يكفى فيه نفى العلم إذا كان متعلق الدعوى فعل المدعى عليه، و لكن قد عرفت تحقيق الحال، و الله العالم.

هـذا و قـد ظهر لك حال اليمين ممن توجهت عليه أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه لما سـمعته من قوله (ص): البينه عليه إلا مع الرد أو نكول المدعى عليه على قول قوى عرفته سابقا فان ردها المنكر توجهت على المدعى فيحلف حينئذ على الجزم، و لو نكل سقطت دعواه إجماعا كما عرفت الكلام فى ذلك مفصلا.

بـل و فى قوله أيضـا و لو رد المنكر اليمين التى كانت فى الأصل له ثم بـذلها قبل الإحلاف أو فى أثنائه و لو بعـد توجيه الحاكم لها عليه و أن له ذلك، بخلاف ما لو بذلها بعد الإحلاف فإنه ليس له إجماعا و إن قال الشيخ فى المحكى من مبسوطه فى الأول ليس له ذلك إلا برضا المدعى لسـقوط استحقاقه منه برده و لكن فيه تردد (۱۱) واضح منشأه أن ذلك تفويض لا إسقاط (۱۲) بل قد عرفت سابقا أن إطلاق الأدله و الاستصحاب و غيرهما تقتضى الأول كما لا يخفى.

و (۱۳) لا ـ خلاف و لا إشـكال فى أنه يكفى مع الإنكار الحلف على نفى الاسـتحقاق (۱۴) و إن كانت الدعوى سـببا خاصا لأنه يأتى

على الـدعوى لكونه عاما لهـا، و لا دليل على اعتبار الخصوصـيه فى الجواب، بل ظاهر الأدله خلافه، بل ربما يكون له غرض فى الجواب بذلك ف لا يكلف غيره.

نعم لو ادعى عليه غصـبا أو إجاره مثلا فأجاب بأنى لم أغصب و لم اسـتأجر قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه يلزمه الحلف على وفق الجواب الـذى صدر منه لأنه لم يجب به إلا و هو قادر على الحلف عليه و لكن الوجه بل الأصح أنه لا يلزم بذلك، للأصـل و إطلاق الأدله.

و حينئذ ف ان تطوع بذلك صح، و إن اقتصر على نفى الاستحقاق كفى و ظهور قدرته على الحلف عليه من جوابه به لا يقتضى إلزامه بـذلك، بـل لاـ يلزم و إن صـرح بقـدرته عليه، على أنه ربمـا كـان له غرض بتغيير المحلوف عليه عمـا أجاب به، لمعلوميه التسامح فى العاده فى المحاوره بما لا يتسامح به فى حال الحلف الأول.

و لو ادعى المنكر الإبراء أو الإقباض مثلا فقـد انقلب المنكر مدعيا و المدعى منكرا، فيكفى المدعى (۱۱) حينئذ اليمين على بقاء الحق (۱۲) و إن كان قد أجاب بإنكار ذلك بخصوصه على نحو ما سـمعته فى المنكر، بل فى المسالك عن الشيخ الموافقه على ذلك هنا.

و لو (۱۳) تطوع ف حلف على نفى ذلك (۱۴) لطلب خصمه كان آكد لكنه غير لازم (۱۵) عليه لما عرفت.

و كـل ما (۱۶) أى مقـام يتوجه (۱۷) اسـتحقاق الجواب عن الدعوى فيه (۱۸) و لو بقول: لاـ أعلم لا نحو الحـدود التى لا تسـمع الدعوى فيها مجرده عن البينه كما سـتعرف يتوجه معه اليمين (۱۹) و لو عليه أيضـا و يقضـى على المنكر به مع النكول كالعتق و النسب و النكاح (۲۰) و الطلاق

و الرجعه و الفیئه فی الإیلاء و غیر ذلک، و علی القول الآخر الذی قد عرفت قوته فیما تقدم ترد الیمین علی المدعی، و یقضی له مع الیمین و علیه مع النکول کل ذلک لعموم (لإطلاق خ ل) الأدله.

خلافا لبعض العامه، فمنع من توجه الحلف علی المنکر فی الأبواب المزبوره، معللا له بأن المطلوب من التحلیف الإقرار أو النکول لیحکم به، و النکول نازل منزله البذل و الإباحه، و لا مدخل لهما فی هذه الأبواب.

و لآخر منهم، فخص التحلیف فیما یثبت بشاهدین ذکرین إلحاقا له بالحد.

و عموم الأدله التی

منها «الیمین علی المدعی علیه»(۱)

و «من أنکر»(۲)

حجه علیهم، مضافا إلی خصوص

ما رووه(۳)من «أن رکانه أتی النبی (صلی الله علیه و آله) فقال: یا رسول الله طلقت امرأتی البته، فقال: ما أردت بالبته؟ قال: واحده، فقال: و الله ما أردت بها إلا واحده؟ فقال رکانه: و الله ما أردت بها إلا واحده، فردها إلیه ثم طلقها الثانیه فی زمن عمر و الثالثه فی زمن عثمان»

حیث اکتفی فیه بالیمین علی ما أخبر به من قصده بها فی الطلاق.

[مسائل ثمان]

[المسأله الأولی لا یتوجه الیمین علی الوارث]

الأولی:

لا یتوجه الیمین فی الدعوی علی الوارث بالدین أو العین ما لم یدع علیه العلم بموت المورث و العلم بالحق و أنه ترک فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۷ ص ۳۴۲.

یـده أی الوارث مالا یفی بالکل أو البعض إن کانت الـدعوی دینا، بلا خلاف أجـده بین من تعرض لـذلک من المصـنف و من تأخر عنه و إن کان فیه ما ستعرف.

و علی کـل حـال فلا إشـکال فی أن الوارث لا یجب علیه أداء دین المورث إلا مما ترکه بعـد تحقق کونه وارثا و تحقق الـدین، فمتی انتفی أحـد هـذه الثلاثه فی نفس الأمر لم تتوجه علیه دعوی أصـلا، و من هنا لو ساعـد المـدعی أی صـدقه علی عدم أحد هذه الأمور الثلاثه فی الواقع لم یتوجه له علیه دعوی فضـلا عن الیمین، بل ظاهر المتن سقوط الدعوی أیضا بالتصادق علی انتفاء العلم فی أحد الأولین بل و بالإطلاق.

هـذا و قـد عرفت فیما مضـی أنه لو ادعی علیه العلم بموته أو بالحق کفاه الحلف أنه لا یعلم لتعلقهما فی النفی عن الغیر الذی هو الضابط فی ذلک عندهم.

نعم لو أثبت الحق و الوفاه و ادعی فی یده مالا حلف الوارث علی القطع لا نفی العلم، لتعلق الدعوی حینئذ بأمر راجع إلیه، بل قد عرفت أن التحقیق فی هـذه أیضا الاکتفاء بـذلک لو أجاب بنفی العلم، بل قـد یقال بعدم اعتبار دعوی العلم بالحق فی استحقاق الیمین علی الوارث بعد إثبات الأمرین الآخرین، ضروره صدق الدعوی علیه بذلک، و حینئذ فتندرج فی

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه»

إلا أن الظاهر الاکتفاء بیمینه علی نفی العلم.

بل ذلک هو مقتضی التأمل فی عباره الشیخ فی المبسوط قال فیها أولا: «تحلیف الحالف لا یخلو إما أن یحلف علی فعل نفسه أو فعل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۵.

غیره، فـان حلف علی فعـل نفسه کـانت علی البت و القطع نفیا و إثباتا، و إن کانت علی فعل غیره نظرت فان کانت علی الإثبات کانت علی العلم، و إن شئت

اختصـرت ذلـک، و قلت: الأیمـان کلهـا علی القطع إلاـ مـا کـانت علی النفی عن الغیر، فإنها علی العلم» إذ هو کالصـریح فی أن الیمین المزبـوره هی یمین الـدعوی المتعلقه بفعـل الغیر لاـ دعوی العلم بـذلک الـتی هی کغیرهـا من الـدعاوی و لاـ تحتـاج إلی استثناء.

و أوضـح من ذلک قوله أیضا: «إذا ادعی رجل علی ابن رجل میت أی من جهه أبیه لم تقبل منه الـدعوی حتی یدعی علیه الحق و یـدع موت الأـب و أنه خلف فی یـده ترکه، لأـنه إن لم یمت الأب فلا حق له علی ابنه، و إن مات و لم یخلف فلا حق له علیه أیضـا، فلاـ بـد من دعوی ثلاثه أشـیاء أی دعوی الحق علی أبیه، و دعوی موته، و دعوی أنه خلف فی یـده ترکه- ثم قال-: فان ثبت الموت و ثبت أنه خلف ترکه فحینئـذ تسـمع دعواه بالحق علیه، و یکون القول قول الابن إنه لا یعلم أن علی أبیه حقا» و هو کالصریح فیما قلناه، و لکن زاد فیها «لإراده تحریرها اعتبار العلم بالموت و العلم بالحق».

و کان الأحری الموافق لإطلاق

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه»

و لغیر ذلک إبقاءها علی حاله من غیر هـذه الزیاده التی تبعه علیها من تأخر عنه، بل صارت عنـدهم کالقاعـده فی کل دعوی لها تعلق بفعل الغیر، و مقتضاه أن الیمین حینئـذ علی نفیه طرف دعوی أخری لا مـدخلیه لها فی الأولی، بل هی علی هـذا التقـدیر لا طرف لها، بل مقتضاه أنه لیس للوارث رد الیمین علی المـدعی ما لم یـدع علیه العلم، ضـروره عـدم توجه یمین علیه أصـلا حتی یکون له

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

ردهـا أو نكول عنهـا، بل مقتضاه أن اليمين المردوده فى دعوى العلم حلف المـدعى على علمه لا على أصل الحق، و هو خلاف ظاهر كلمات هؤلاء الذين اعتبروا العلم فى توجه اليمين فضلا عن غيرهم.

و بالجمله إعطاء النظر حقه يقتضـى ما ذكرناه و إن كان كلام المصنف و من تأخر عنه منافيا لذلك بعد أن ذكروا نحو ما سمعته من المبسوط أولا الذى هو

ظاهر فيما قلناه، لتقسـيمهم اليمين إلى القسمين: أحدهما البت، و هى المتعلقه بفعل الإنسان نفسه نفيا و إثباتا و بإثبات فعل الغير، و الثـانى على نفى العلم، و هى المتعلقه فى نفى فعـل الغير، ضـروره اقتضـاء ذلـك كون اليمين التى أوجبتها نفس الـدعوى على الوجهين المزبورين لا يمين دعوى العلم، إذ هى دعوى مستقله لا تحتاج إلى جعل اليمين قسما ثانيا، كما هو واضح بأدنى تأمل.

بل منه يعلم أن الأمر مشوش غير منقـح عنـدهم، خصوصا بعـد اقتضائه ما هو كالمقطوع بفساده من عـدم سـماع الدعوى فى غير الوارث أيضا، كما لو ادعى مدع على عين فى يد آخر أنه سرقه سارق و باعه أباك من دون أن يدعى عليه العلم بذلك، ضروره عدم الفرق بين الوارث و غيره فى ذلك.

بـل لا يبعـد فى الوارث و غيره الإلزام بيمين البت التى هى الأصل لو فرض الجواب به على وجه ادعى أنه عالم بـذلك، و يترتب عليه حكم النكول و غيره، خلافا لبعضهم، فإنه صرح فى الفرض بتخييره بينه و بين الحلف على نفى العلم، كما أنه لا يبعد الإلزام به أيضـا فى دعوى موت المورث، و كـان على وجه لاـ يعسـر الاطلاع فيه على ذلك، لحضوره معه فى البلـد مثلا، كما عن أحد وجوه الشافعيه.

و على كل حال فقد ظهر لك التحقيق فى المسأله، إلا أن المصنف

قطع طريقها باعتبار العلم بالحق فى استحقاق اليمين، بل فى أصل الدعوى التى قد عرفت صراحه كلام الشيخ فى عدم توقف سماعها على ذلك بعد ثبوت موت المورث و أن له مالا فى يد الوارث، نعم لا تتوجه قبل ثبوتهما، ضروره لا دعوى مع الوارث قبل أن تتحقق وارثيته، كما لا دعوى عليه إذا لم يكن فى يده مال.

و بذلك ظهر لك الفرق بين الأمور الثلاثه و إن كفى نفى أحدها فى سقوط الدعوى و لذا كان المتجه الاجتزاء بيمين واحده فى سقوط دعوى المدعى فى الأمور الثلاثه، و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه]

المسأله الثانيه:

إذا ادعى على المملوك فالغريم مولاه، و يستوى فى ذلك دعوى المال و الجنايه كما فى القواعد و الإرشاد و الدروس و غيرها، و الظاهر أن المراد من ذلك ما إذا كانت الدعوى عليه من حيث إنه مملوك، لا الدعوى عليه من حيث ذمته التى يتبع بها بعد العتق، فإنها ليست مملوكه للسيد، و إنما المملوك له بدنه و ما فى يده، فمتى كانت الدعوى باستحقاق أحدهما كان الغريم المولى الذى يعتبر إقراره و إنكاره بالنسبه إلى ذلك، بخلاف العبد، فإنه لا إقرار له و لا إنكار يمضى على السيد.

فلو ادعى مثلا على مال فى يد العبد مدع أنه له كان الخصم السيد فإن أقربه دفعه إليه و إن أنكر العبد، و إن أنكره حلف له و بقى المال و إن أقر العبد.

و كذا إن ادعى على العبد أنه جنى خطأ- فيستحق المجنى عليه استرقاقه أو فكه- كان الخصم السيد، لتعلق الدعوى بماله، فإن أقر بذلك

دفعه أو فداه، و لا يجدى إنكار العبد، و إن أنكر حلف و سقطت الدعوى على السيد باستحقاق العبد و إن أقر بذلك.

و كذا الجنايه عمدا المقتضيه لاستحقاق استرقاق العبد و لو على جهه التخيير بينه و بين القصاص، فالخصم أيضا السيد، فإن أقر به دفعه للاسترقاق و إن أنكر العبد، و إن أنكره حلف و سقطت الدعوى معه و إن أقر به العبد، لأنه إقرار فى حق الغير، لكونه مملوكا.

كما أنه لا يثبت القصاص عليه بإقرار السيد الذى ليس له إلا ماليته دون إزهاق النفس. نعم لو اتفقا معا استحق القصاص لانحصار الحق فيهما.

هذا كله إذا كانت الدعوى على ما يرجع إلى السيد، أما إذا كانت على ما لا يرجع إليه، بل مرجعها بعد ثبوتها إلى ذمه العبد بعد العتق- كدعوى أنه أتلف مالا أو غصب عينا و لو موجوده- فلا ريب فى أن الخصم فيها العبد، لأنه الذى ينفع إقراره و إنكاره فى الاستحقاق عليه بعد العتق، بل و كذا دعوى الجنايه خطأ بناء على اقتضائها المال عليه أيضا بعد العتق فضلا عن الجنايه عمدا التى لا ريب فى اقتضائها القصاص بعد فرض ثبوتها بإقراره بعد العتق،

لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

و غيره.

و بذلك ظهر لك أنه لا إشكال فى إطلاق المصنف و غيره أن الغريم المولى بعد ظهور كون المراد فى الدعوى على المملوك من حيث إنه مملوك لا الدعوى عليه من حيث ذمته التى يتبع بها بعد العتق مما لا يدخل فى ملك السيد.

لكن فى القواعد «إذا ادعى على مملوك فالغريم مولاه سواء كانت الدعوى مالا أو جنايه، و الأقرب عندى توجه اليمين عليه، فان نكل ردت على المدعى و ثبتت الدعوى فى ذمه العبد يتبع بها بعد العتق»

و مراده على الظاهر الإشاره بـذلك إلى توجه سـماع الـدعوى على العبد منفردا، أو اقتضاء الدعوى على المولى يمينا أخرى على العبد غير يمين المولى، لأن له ذمه يتبع بها بعد العتق، فيثبت حينئذ ذلك عليه بإقراره أو نكوله.

و هو الـذى أشار إليه فى الدروس قال: «و لو ادعى على العبد فالغريم المولى و إن كانت الدعوى معه، و لو أقر العبد به تبع به، و لو كان بجنايه و أقر العبـد فكـذلك، و لو أقر المولى خاصه لم يقتص من العبـد، و يملك المجنى عليه بقـدرها، و يلزم من هـذا وجوب اليمين على العبد لو أنكر الملزوم لسماع الدعوى عليه منفردا» و هو كالصريح فيما قلنا.

و ليس مراد العلامه أن الغريم المولى و لكن اليمين فى الـدعوى على المولى على العبد كى يرد عليه ما فى المسالك من التنافى بين كـون الغريم المـولى المقتضـى لقبول إقراره و وجوب اليمين عليه مع إنكـاره و غير ذلـك من أحكـام الـدعوى، بـل هو من الغرائب و إن أطنب فى كشف اللثـام فى توجيهه بعـد موافقته على كون المراد من العباره ذلك، و ما أدرى ما الـذى دعاهم إلى ذلك؟ فان كان هو عـدم توجه اليمين على السـيد لكون الفاعل غيره ففيه أنه يحلف على نفى العلم على مقتضـى ضابطهم الذى ذكروه.

و أغرب من ذلـك دعوى التنـافى بين ما ذكره هنا و ما ذكره فى باب الإقرار، و هو لا يقبل إقرار العبـد بمال و لا حـد و لا جنايه توجب أرشا أو قصاصا إلا أن يصـدقه السيد، و يتبع بعـد العتق بالمال، و لو قيل يقبل و يتبع و إن لم يصدقه السـيد كان وجها، و هو كما ترى لا تنافى.

نعم فى المقـام رجـح نفوذ إقراره على نفسه يتبع به بعـد العتق فى المال و الجنايه، و فى الإقرار جزم به فى المال و جعله فى غيره وجها، و هو ليس تنافيا. و ليس المراد تبعيته بالمال بعد العتق مع تصديق السـيد، ضـروره عدم مدخليه تصديقه و تكذيبه بالنسـبه إلى ذلك، إذ قد عرفت

أن ذمته ليست مملوكه للمولى.

و بالجمله لا يخفى عليك ما فى المسالك و مجمع البرهان و كشف اللثام و غيرها من تشويش المسأله، حتى أنه قال بعض من تأخر عنهم: إن هذه المسأله من المشكلات، و جعل كلمات الأصحاب فيها مختلفه مضطربه، و قد عرفت التحقيق و أنه لا إشكال فى كون الخصم السيد مع كون الدعوى على المملوك أو ما فى يده من حيث إنه مملوك، و لا فى كون الخصم العبد مع كونها فى ذمته يتبع بها بعد العتق و أن إقرار كل منهما و إنكاره مجد فيما له و عليه دون الآخر، من غير فرق فى ذلك بين دعوى المال و الجنايه عمدا و خطأ.

نعم يظهر من المحكى من المبسوط اختصاص الخصومه فى دعوى الجنايه عمدا بالعبد دون المولى، إلا أنه وافق على عدم تعجيله به و إن أقر به أو نكل عن اليمين، قال: «إذا ادعى على العبد حق فإنه ينظر فان كان حقا يتعلق ببدنه كالقصاص و غيره فالحكم فيه مع العبد دون السيد، فإن أقر به لزمه عند المخالف، و عندنا لا يقبل إقراره، و لا يقتص منه ما دام مملوكا، فإن أعتق لزمه ذلك، فأما إن أنكر فالقول قوله، فان حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف و يحكم بالحق، و إن كان حقا يتعلق بمال كجنايه الخطأ و غير ذلك فالخصم فيه السيد، فإن أقر به لزمه و إن أنكر فالقول قوله، فان حلف سقطت الدعوى، و إن نكل ردت اليمين على المدعى، فيحلف و يحكم له بالحق».

و لا يخفى عليك ما فيها، و من هنا حررها المصنف بما سمعت، و تبعه عليه غيره، و هو فى غايه الجوده بناء على ما فسرناه به، فتأمل جيدا كى يظهر لك ما فى جمله هنا من المصنفات.

[المسأله الثالثه لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه]

المسأله الثالثه:

لا تسمع الدعوى فى الحدود مجرده عن البينه بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، لأن من شرط سماع الدعوى أن يكون المدعى مستحقا لموجب الدعوى، فلا تسمع فى الحدود، لأنها حق الله تعالى، و المستحق لم يأذن فى الدعوى و لم يطلب الإثبات، بل أمر بدرء الحدود بالشبهات(۱)و بالتوبه عن موجبها(۲)من غير أن يظهره للحاكم، و

قد قال (صلى الله عليه و آله) لمن حمل رجلا على الإقرار عنده بالزنا(۳): «هلا سترته بثوبک»

و سماعها بالبينه بمعنى ثبوتها بها، لا أنها تكون دعوى له معها، كما هو واضح و حينئذ ف لا يتوجه فيها اليمين على المنكر.

نعم لو كان الحق مشتركا بين الله و بين الآدمى، كما لو قذفه بالزنا و لا بينه فادعاه المقذوف بالزنا مثلا عليه ففى توجه اليمين على المقذوف به و عدمه قولان قال الشيخ فى المبسوط:

جاز أن يحلف اليمين المردوده ليثبت الحد على القاذف ترجيحا لحق الآدمى، و يحتمل بل يمكن القطع به أن يكون المراد قذفه بالزنا بأن قال له: يا زانى ثم لما أريد قيام حد القذف عليه ادعى الزنا على المقذوف و لكن لا بينه له على ذلك جاز أن يحلف المقذوف على عدم

.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۴- من أبواب مقدمات الحدود- الحديث ۴ من كتاب الحدود.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب مقدمات الحدود- من كتاب الحدود.

۳- ۳ سنن البيهقى ج ۸ ص ۲۲۸ و ۳۳۰ و ۳۳۱ و فيه « لو سترته بثوبک» و « لو كنت سترت عليه بثوبک».

الزنا ليثبت الحد على القاذف.

و لعل هـذا ألصق بالمحكى عن المبسوط فى الدروس، بل لعله الظاهر من المتن أيضا، بل فى كشف اللثام عن المبسوط أنه قال: «فان ادعى عليه مثلا أنه زنى

لزمه الإجابه عن دعواه، و يستحلف على ذلک، فان حلف سقطت الدعوى، و يلزم القاذف الحد، و إن لم يحلف ردت اليمين و ثبت الزنا فى حقه، و يسقط عنه حد القـذف، و لا يحكم على المـدعى بحد الزنا، لأن ذلک حق الله تعالى محض، و حقوق الله المحضه لا تسمع فيها الدعوى، و لا يحكم فيها بالنكول و رد اليمين» و لعله لذا حكى عنه فى الدروس أنه لو طلب القاذف يمين المقـذوف على عـدم الزنـا أجيب، فيثبت الحـد إن حلف و إلا فلا- قال-: و هو حسن، لتعلقه بحق الآدمى و نفى اليمين فى الحد إذا لم يتعلق به حق آدمى» لكن فى المسالک بعـد أن حكى عن الشـيخ القول بسـماع الدعوى فى القذف و جريان حكم اليمين فيها قال: «و فرع الشيخ على ذلک» ثم ذكر حكم القذف الصريح.

و حينئذ فيه إشكال واضح إذ فى النبوى لا يمين فى حد

و فى المرسـل الـذى هـو كالصـحيح بـابن أبى عمير فى روايـه التهـذيب بـل و كـذا فى روايـه الكـافى المنجـبر مع ذلـک كله بالعمل(۱)عن أبى عبـد الله (عليه السـلام) «أتى رجـل لأـمير المؤمنين (عليه السـلام) برجـل، فقال: هـذا قـذفنى و لم تكن له بينه، فقال: يا أمير المؤمنين

۱- ۱ لم أعثر عليه فى الوسائل مع التتبع التام و رواه الشيخ قده فى التهذيب ج ۱۰ ص ۷۹ الرقم ۳۱۰ و الكلينى قده فى الكافى ج ۷ ص ۲۵۵ نعم أشار الى ذيله فى الوسائل فى الباب- ۷۰- من أبواب القصاص فى النفس الحديث ۱.

استحلفه، فقال: لا یمین فی حد»

و فی آخر(۱)«لا یستحلف صاحب الحد»

و فی ثالث(۲)«أن رجلا استعدی علیا (علیه السلام) فقال:

إنه افتری علی، فقال (علیه السلام) للرجل: فعلت ما فعلت؟ قال:

لا، فقال (علیه السلام) للمستعدی: أ لک بینه؟ فقال: ما لی بینه فأحلفه، فقال (علیه السلام): ما علیه یمین»

کل ذلک مضافا إلی الأصل بعد اختصاص النصوص بغیر المفروض.

نعم قد یقال: إن أکثر هذه النصوص أو جمیعها لا تنافی المحکی عن الشیخ علی ما سمعته من الدروس بل و من کلامه، ضروره عدم ثبوت الحد فیه بالیمین، و إنما هو بالقذف المحقق منه إلا أن له حق الیمین علی المقذوف بأنه ما زنی، و دعوی استفاده ذلک من الخبر بطریق الأولویه کما فی کشف اللثام ممنوعه.

اللهم إلا أن یقال باندراج ذلک فی عموم نفی الیمین فی الحد، بل لعله المراد من

قوله (علیه السلام)(۳): «لا یستحلف صاحب الحد»

علی معنی أن لا یمین علی من له الحد، أو یقال: یکفی فی رده إطلاق ما دل علی وجوب الحد بذلک فی الکتاب و السنه(۴)نحو قوله تعالی(۵):

«وَ الَّذِینَ یَرْمُونَ الْمُحْصَناتِ» إلی آخرها، و غیره و لا دلیل علی اشتراطه بحلف المقذوف بعد ظهور

قوله (صلی الله علیه و آله)(۶): «و الیمین

۱- ۱ المستدرک الباب- ۲۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۳- ۳ المستدرک الباب- ۲۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲- من أبواب حد القذف من کتاب الحدود.

۵- ۵ سوره النور: ۲۴- الآیه ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

علی المدعی علیه»

و «من أنکر»(۱)

فی غیر ذلک ممن یکون له حق فی الدعوی المنساق منها ذلک، لا أن المراد منها مجرد الادعاء و إن لم یکن له حق فیها.

و علی کل حال فالمحکی عن الشیخ ضعیف و إن سمعت استحسانه فی الدروس، بل فی کشف اللثام أنه قوی من حیث الاعتبار و قاعده الإنکار، و قد عرفت التحقیق، و الله العالم.

[المسأله الرابعه منکر السرقه یتوجه علیه الیمین لإسقاط الغرم]

المسأله الرابعه قد عرفت فیما تقدم أن منکر السرقه یتوجه علیه الیمین لإسقاط الغرم لأنها توجب أمرین: حق الآدمی و هو المال و الثانی القطع و هو حق الله و لا ملازمه بینهما، فیجری حکم الدعوی فی الأول بالنسبه إلی الیمین و رده و النکول دون الثانی الذی قد عرفت عدم جعل الشارع الیمین حجه فیه، بل لا دعوی من مدع حقیقه فیه.

و حینئذ ف لو ادعاها علیه و نکل لزمه المال دون القطع بناء علی القضاء بالنکول، و هو الأظهر عند المصنف و لکن عرفت ضعفه و إلا حلف المدعی.

و علی کل حال لا یثبت الحد علی القولین لعدم ثبوت کونه سارقا علی وجه یلحقه الحکم المعلق علیه فی الکتاب(۲)و السنه(۳)فان الیمین لا تثبت الموضوع واقعا فضلا عن ثبوته به بالنسبه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۲- ۲ سوره المائده: ۵- الآیه ۳۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب حد السرقه من کتاب الحدود.

إلى الحـد الـذى اعتبر الشارع فى بينته غير بينه المال من زياده العدد و نحوها، و كذا لو أقام شاهدا و حلف كما هو واضح، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر يجوز له الرجوع إليها بعد ذلك قبل الحلف]

المسأله الخامسه لو كان له بينه فأعرض عنها و التمس يمين المنكر أو قال:

أسقطت البينه و قبلت بـاليمين فهـل له الرجوع إليها بعـد ذلك قبل الحلف؟ قيل و القائل الشـيخ فى محكى المبسوط و تبعه ابن إدريس فيمـا حكى عنه لاـ يجوز له و فيه تردد، و لعـل الأـقرب الجواز بـل هو الظـاهر، بـل يمكن القطع به، لإطلاـق مـا دل على حجيتهـا السـالم عما يقتضـى كون ذلك من الحقوق التى تسـقط بالإسـقاط لو فرض تصـريحه بـذلك فضـلا عن غيره، بل ظاهر الأدله كونها من الأسباب المقتضيه ثبوت الحق، فلا يتصور فيها معنى الإسقاط الذى يتعلق بنحو حق الخيار و شبهه.

و كـذا البحث لو أقـام شاهـدا فـأعرض عنه و قنع بيمين المنكر ثم عاد إليه قبل الحلف أو رد المنكر اليمين على المـدعى ثم عاد إلى اختيار الحلف الذى قد

عرفت الكلام فيه سابقا، و أنه لا يخرج بشـى ء من ذلك عن صـدق المـدعى و المنكر اللـذين قد قرر الشارع الميزان لكل منهما بما عرفت.

[المسأله السادسه لو ادعى صاحب النصاب إبداله فى أثناء الحول قبل قوله بلا يمين]

المسأله السادسه:

لو ادعى صاحب النصاب إبداله فى أثناء الحول لينفى عنه الزكاه قبل قوله بلا يمين بلا خلاف أجده فيه. بل حكى الاتفاق عليه غير واحد، و كذا لو قال المسلم: لا زكاه أو لا خمس على أو دفعتهما مثلا حيث يجوز له ذلك.

و كذا لو خرص عليه فادعى النقصان فى الثمره المخروصه أو الزرع عما خرص عليه لينقص عنه ما قدر عليه من الزكاه بلا خلاف أجده فيه، بل الاتفاق محكى عليه أيضا.

و كذا لو ادعى الذمى الإسلام قبل الحول ليتخلص عن الجزيه بناء على وجوبها عليه مع الإسلام بعده لا خلاف فيه و الاتفاق محكى عليه مع أن الحق بين العبد و ربه و لا يعلم إلا من قبله.

أما لو ادعى الحربى بعد سبيه الإنبات بعلاج لا بالطعن بالسن الذى تدفعه الطبيعه غالبا الذى جعله الشارع أماره البلوغ ليتخلص بذلك من القتل الذى هو حد من حدود الله تعالى التى تدرأ بالشبهه من دون يمين، خصوصا فى المقام الذى يقتضى الأصل عدم بلوغه الذى هو شرط قبول اليمين ف فيه تردد من ذلك و من ظهور ما دل على كونه علامه للبلوغ فى الحكم به حتى يعلم خلافه، و إلا لم يقتل محتمله و إن لم يدعه، و هو مخالف للإجماع المحكى فى المسالك و غايه المراد و لغير ذلك.

و من هنا قال المصنف و لعل الأقرب أنه لا يقبل إلا مع

البینه لکن لاـ یخفی علیک ما فیه من أنه بعد تسلیم الظهور لاـ ینافی تحقق الشبهه الدارئه، بل الظاهر تحققها مع عدم الیمین خصوصا فی مثل الفرض، لما عرفت. فما عن بعضهم- من اعتباره هنا فعلا فی قول أو بعد التأخیر إلی زمان القطع ببلوغه فی آخر فی قبولها، لأنها أقل ما تثبت به الدعوی المنافیه للحکم علیه بالبلوغ ظاهرا و استحقاقه القتل فلا یزول ذلک بمجرد دعواه، و لأنه أحوط و أوثق فی الحکم- واضح الضعف.

و حینئذ یسقط ما فرعه علیه من أنه لو نکل عن الیمین علی الأول بل و علی الثانی قتل بمجرد نکوله و إن لم نقل بالقضاء به فی غیره، أو یقتل لثبوت سببه ظاهرا مع عدم تحقق المانع الذی هو الیمین للدعوی المزبوره.

نعم قد یتوقف فی قبول ذلک منه بالنسبه إلی غیر القتل الذی یدرأ بالشبهه، بل ظاهر المسالک العدم ترجیحا للظاهر السالم هنا من الدرء بالشبهه، و لأنه إن کان عدم العلاج شرطا لما جاز قتل محتمله إلا بعد العلم بالانتفاء، و هو باطل إجماعا، کما فی غایه المراد و المسالک. و إن کان قد یناقش بمنع الظهور أولا، و منع الدلیل علی تقدیمه علی الأصل ثانیا، ضروره کون الثابت أنه علامه البلوغ الإنبات الطبیعی لا العلاجی، و لا أصل- و لو بمعنی الظاهر- یقتضی کون هذا الشخص من الأول حتی مع ادعاء أنه من الثانی، و الفرض أنه شی ء لاـ یعلم إلاـ من قبله، و قتل محتملها مع عدم الدعوی لأصاله عدم العلاج، و لظهور ما دل علی کونه علامه فی الحکم به ما لم یحصل العلم أو الشک، و الإجماع المحکی علیه لا یقتضی مساواه الفرض له، فتأمل.

و مما ألحق بذلک دعوی البلوغ مطلقا أو بالاحتلام خاصه، لإمکان إقامه البینه علی السن، و اعتبار الإنبات، لأن محله لیس من العوره، و علی تقدیره فهو من مواضع الضروره، و علی کل حال لا یمین و إلا

لزم الدور، لأن اعتباره موقوف على البلوغ الموقوف على اعتباره، و قد تقدم الكلام فيه فى محله.

و فى غايه المراد «و ربما ألحق به مدعى بنوه الصغير و لا منازع» بل فيها و فى المسالک أيضا «مدعى أنه من أهل الكتاب لتؤخذ منه الجزيه، و مدعى تقدم الإسلام على الزنا بالمسلمه حذرا من القتل، و مدعى فعل الصلاه و الصيام خوفا من التعزير، و مدعى إيقاع العمل المستأجر عليه إذا كان من الأعمال المشروطه بالنيه كالحج و الصلاه، و دعوى الولى إخراج ما كلف به من نفقه و غيرها، و الوكيل بفعل ما وكل فيه على إشكال فيها، و دعوى مالک الدار لو نازعه المستعير و المستأجر فى ملكيه الكنز على قول مشهور، و دعوى من أحرز الطعام أنه للقوت و إن زاد لا- للاحتكار و قول المدعى مع نكول المنكر على القول بالقضاء به، و مدعى الغلط فى إعطاء الزائد عن الحق لا التبرع، و دعوى المحلله الإصابه، و دعوى المرأه فيما يتعلق بالحيض و الطهر فى العده و غيرها، و دعوى الضئر أنه الولد، و منكر السرقه بعد إقراره مره لا فى المال، و مدعى هبه المالک ليسلم من القطع و إن ضمن المال، و منكر موجب الرجم الثابت بإقراره، و مدعى الإكراه فيه أو الجهاله مع إمكانهما فى حقه. و مدعى الضروره فى الكون مع الأجنبى مجردين، و منكر القذف بناء على عدم سماع دعوى مدعيه بدون البينه، و مدعى رد الوديعه فى المشهور، و مدعى تقدم العيب مع شهاده الحال» و فى المسالک «و ضبطها بعضهم بأنه كل ما كان بين العبد و بين الله تعالى أو لا يعلم إلا منه و لا ضرر فيه على الغير، أو ما تعلق بالحد أو التعزير».

قلت: لا إشكال فى قبول دعوى المسلم المحمول على الصحه قولا و فعلا مع عدم المعارض و المنازع، خصوصا ذوى الأيدى على ما فى

أیدیهم فی تطهیر و غیره، و أما مع الخصومه المسموعه فی جمله من هذه الأمور المذکوره فلا إشکال فی اعتبار الیمین فی کل من قدم قوله، لتوقف انقطاعها علیه قطعا، نعم حیث لا خصومه ینبغی تصدیق المسلم مع احتماله، حتی فی مثل دعوی الوکاله علی مال الغیر فضلا عما لا- یعلم إلا- من قبله، و بذلک یظهر لک النظر فی الضابط المزبور، بل و فی غیره حتی ما ذکراه من الإشکال فی قبول قول الولی و الوکیل، فتأمل.

[المسأله السابعه لو مات رجل و لا وارث له و ظهر له شاهد بدین یحبس]

المسأله السابعه لو مات رجل و لا وارث له و ظهر له شاهد بدین موجود أیضا فی روزنامجته فأنکر من علیه دین قیل و القائل الشیخ فی المحکی من مبسوطه یحبس حتی یحلف أو یقر لتعذر رد الیمین فی طرف المشهود له بموته و استحاله تحلیف المسلمین و الامام (علیه السلام).

و کذا قال فیه أیضا لو ادعی الوصی علی الوارث أن المیت أوصی للفقراء و لیس فی کلامه و شهد واحد بذلک و أنکر الوارث ذلک فالقول قوله بیمینه، و لو نکل لم یمکن رد الیمین، لأن الوصی لا- یجوز له أن یحلف عن غیره، و الفقراء و المساکین لا یتعینون، و لا یتأتی منهم الحلف، فقال قوم: یحکم بالنکول و یلزم الحق، لأنه موضع ضروره، و قال آخرون: یحبس الوارث حتی یحلف أو یعترف.

و (۱۱) علی کل حال ف فی الموضعین إشکال (۱۲) عند المصنف و الفاضل لأن السجن عقوبه لم یثبت موجبها (۱۳) و فیه أن موجبها اقتضاء الدعوی المسموعه من المنکر الیمین أو الأداء بعد تعذر الرد.

و احتمال سقوط اليمين باحتمال كون الحق عليه مركبا من الحلف أو الرد- فتعذر الرد يسقط استحقاق الخصوصيه، و ليس هو كالواجب المخير الذى يتعين أحد فرديه بتعذر الآخر، و إنما هو من الحقوق المستحقه له و عليه- واضح الضعف، ضروره إطلاق الأدله استحقاق اليمين على المنكر و المدعى عليه، و استحقاق الرد إنما جاء بنصوص أخر ظاهره فى استحقاقه على من يصح الرد عليه، فينبغى حينئذ استحقاق اليمين على المنكر من حيث كونه كذلك على حسب ما استفيد من الإطلاق الأول و ليس فى أدله الرد ما يقتضى لزوم ذلك للمنكر من حيث كونه منكرا على حسب استحقاق أصل اليمين عليه، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و حينئذ فالحبس المذكور فى كلام الشيخ الذى وافقه عليه الشهيد فى الدروس متجه.

و أما ما فى المسالك- من أنه لو قيل هنا بالقضاء بالنكول و إن لم نقل به فى غيره كان وجها، و احتمله غيره أيضا- ففيه أنه لا دليل على إخراجه بالخصوص، و كأن ترك الشيخ ذكر الشاهد فى الثانى دون الأول لعدم توقف صحه الدعوى فيها عليه، بخلاف الأول المفروض عدم علم الامام (عليه السلام) به إلا من الشاهد، و إن كان فيه ما عرفت من جواز الدعوى بدونه، و الأمر سهل.

لكن بقى شى ء: و هو أن الظاهر عدم اختصاص حكم ذلك بالفرض المزبور، ضروره أنه لو كان له وارث لم يحلف مع الشاهد، لأن المفروض عدم علمه بالدين، و إنما وجد ذلك فى روزنامجته، فيتعين له حينئذ بعد صحه الدعوى فيه اليمين على المنكر أو أداء الحق، و لا فرق بين الامام (عليه السلام) و غيره من الورثه فى ذلك.

نعم مع فرض علمهما تتوجه اليمين من الوارث غير الامام (ع)

مع الشاهد، بخلاف الامام (عليه السلام) المعصوم من الخطأ و الزلل و إن استعمل الموازين الشرعيه و الأصول المرعيه، لكنه مسدد فى خصوصياتها التى استعملها عن الخطأ بخلاف غيره، فهو منزه عن انقلاب علمه جهلا أو خطأ، فلا يمين إنكار عليه و لا عليه بينه فيما يدعيه، و

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «إنما أقضى بينكم بالبينات و الأيمان، و ربما يكون بعضكم ألحن من الآخر بحجته»

لا يريد وقوع الخطأ منه فى حكمه، بل المراد أن ما وضعته للقضاء من هذا الميزان قد يتفق فيه الخطأ لهم، فمن اقتطع له قطعه مع علم المقطوع له بذلك كأنما قطع له قطعه من نار، و ليس المراد خطأه (صلى الله عليه و آله) لو استعملها، فإنه مطهر من الرجس، تطهيرا، فتأمل.

[المسأله الثامنه لو مات و عليه دين يحيط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث]

المسأله الثامنه:

لو مات و عليه دين يحيط بالتركه لم ينتقل إلى الوارث عند المصنف و جماعه و كانت بحكم مال الميت و حينئذ يتبعه النماء و إن لم يحط انتقل إليه ما فضل عن الدين و لكن قد ذكرنا فى كتاب الحجر(۲)و غيره أن الأقوى انتقالها إليه مطلقا و قد أشبعنا الكلام فيه.

و كيف كان فعلى الأول فى الحالين للوارث المحاكمه على ما يدعيه لمورثه، لأنه قائم مقامه فى الحلف دون الغريم و إن تعلق به حقه، و حينئذ فلو أقام شاهدا حلف هو معه دون الديان، نعم فى القواعد «إن امتنع كان للديان إحلاف الغريم، لتعلق حقه بالتركه، فإن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ راجع ج ۲۶ ص ۸۹- ۹۳.

حلف برأ منه لا ـ من الوارث، فان حلف الوارث بعد ذلک کان للدیان الأخذ من الوارث إن أخذ، لأنه من الترکه، و فی الأخذ من الغریم إشکال» و لعله من سقوط حقه علیه بإحلافه.

لکن فیه أن أخذه باعتبار صیرورته ترکه بحلف الوارث، فهو مستحق له من هذه الجهه و إن سقط الاستحقاق من تلک الجهه. و منه یعلم عدم الفرق بین أخذ الوارث له و عدمه.

نعم قد یناقش فی أصل جواز تناول الغریم له مطلقا باقتضاء الیمین التی قد ذهبت بما فیها عدم کونه ترکه فی حقه و إن صار ترکه للوارث بیمینه، فلا یتعلق به حق الدین حینئذ، کما أنه قد یناقش- لولا الإجماع علی الظاهر- فی أصل جواز الحلف للوارث مع الشاهد أو المردوده بناء علی بقاء الترکه علی حکم مال المیت بکونها حینئذ یمینا لإثبات مال الغیر، و تعلق حقه بها علی وجه تکون ملکا له بإبراء الغریم مثلا و نحوه لا یقتضی اختصاص جواز الحلف به دون الغریم المتعلق حقه أیضا بالترکه، و ستسمع إنشاء الله لهذا تتمه فیما یأتی.

[البحث الثالث فی الیمین مع الشاهد]

اشاره

البحث الثالث فی الیمین مع الشاهد لا خلاف و لا إشکال عندنا فی أنه یقضی بالشاهد و الیمین فی الجمله استنادا إلی المقطوع به من قضاء رسول الله (صلی الله علیه و آله) و قضاء علی (علیه السلام) بعده علی ما رواه العامه(۱)و الخاصه(۲)بل وافقنا علیه أکثر العامه.

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۱۶۷- ۱۷۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم.

خلافا لأبی حنیفه و أتباعه، و قد

قال للصادق (علیه السلام)(۱): «کیف تقضون بالیمین مع الشاهد الواحد؟ فقال الصادق (علیه السلام): قضی به رسول الله (صلی الله علیه و آله) و قضی به علی (علیه السلام) عندکم، فضحک أبو حنیفه، فقال الصادق (علیه السلام): أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه، فقال: ما نفعل، قال: بلی تشهد مائه فترسلون واحدا یسأل عنهم ثم تجیزون شهادتهم بقوله».

و قد دخل الحکم بن عتبه و سلمه بن کهیل علی أبی جعفر (علیه السلام) یوما فسألاه عن شاهد و یمین(۲)فقال: «قضی به رسول الله (صلی الله علیه و آله) و قضی به علی (علیه السلام) عندکم بالکوفه، فقالا: هذا خلاف القرآن، قال: و أین وجدتموه خلاف القرآن؟

فقالا: إن الله عز و جل یقول وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ فقال لهما:

فقوله وَ أَشْهِدُوا ذَوَیْ عَدْلٍ(۳)هو أن لا تقبلوا شهاده واحد و یمینا!! ثم قال: إن علیا (علیه السلام) کان قاعدا فی مسجد الکوفه فمر به عبد الله التمیمی و معه درع طلحه، فقال له علی (علیه السلام): هذه درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال له عبد الله: فاجعل بینی و بینک قاضیک الذی رضیته للمسلمین، فجعل بینه و بینه شریحا، فقال علی (علیه السلام): هذه درع طلحه أخذت غلولاـ یوم البصره، فقال له شریح: هات علی ما تقول بینه، فأتاه بالحسن (علیه السلام) فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال: هذا شاهد و لا أقضی بشهاده شاهد حتی یکون معه آخر، قال: فدعا قنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقال شریح: هذا مملوک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۶.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵- الآیه ۲.

و لا أقضی بشهاده مملوک، قال: فغضب علی (علیه السلام) و قال:

خذوها فان هذا قضـی بجور ثلاث مرات، قال: فتحول شـریح عن مجلسه و قال: لا أقضـی بین اثنین حتی تخبرنی من أین قضیت بجور ثلاث مرات؟ فقال له: ویلک أو ویحک إنی لما أخبرتک أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره قلت: هات علی ما تقول بینه، و قد قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): حیث ما

وجد غلول أخذ بغیر بینه، فقلت: رجل لم یسمع الحدیث، فهذه واحده، ثم أتیتک بالحسن فشهد، قلت: هذا واحد و لا أقضی بشهاده واحد حتی یکون معه آخر، و قد قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) بشهاده واحد و یمین، فهذه ثنتان، ثم أتیتک بقنبر فشهد أنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فقلت:

هذا مملوک و لا أقضی بشهاده مملوک. و لا بأس بشهاده المملوک إذا کان عدلا، ثم قال: ویلک أو ویحک إمام المسلمین یؤتمن من أمورهم علی ما هو أعظم من هذا».

و کان اقتصاره (علیه السلام) علی خطائه ثلاثا فی هذه القضیه علی فهم شریح القاصر، و إلا فهو مخطئ من وجوه أخر أیضا قد أشار (علیه السلام) إلی بعضها، و بذلک ظهر لک حال قاضیهم و حال الفقیهین لهم الحکم و سلمه و حال إمامهم الأعظم أبی حنیفه و سوء أدبه.

و یشترط شهاده الشاهد أولا- و ثبوت عدالته ثم الیمین بلا خلاف أجده فیه، بل فی کشف اللثام نسبته إلی قطع الأصحاب، و حینئذ ف لو بدأ بالیمین قبل الشهاده أو بعدها قبل التزکیه وقعت لاغیه و افتقر إلی إعادتها بعد الإقامه لکن الانصاف عدم دلیل واضح علی ذلک غیر أصاله عدم ثبوت الحق بدون ذلک بعد الشک فی إراده غیره من الإطلاق، خصوصا بعد الترتیب فی أکثر

النصوص(۱)التی وقفنا علیها.

نعم فی المسالک تعلیله بأن «المدعی وظیفته البینه لا الیمین بالأصاله فإذا أقام شاهدا صارت البینه التی هی وظیفته ناقصه و یتممها الیمین بالنص(۲)بخلاف ما لو قدم الیمین، فإنه ابتدأ بما لیس له وظیفته، و لم یتقدمه ما یکون متمما له، و أما ثبوت عدالته فلا یترتب علی شهادته بل المعتبر العلم بها قبل».

و فی کشف اللثام أنه «استدل له بأن جانبه حینئذ یقوی، و إنما یحلف من یقوی جانبه، کما أنه یحلف إذا نکل المدعی علیه، لأن النکول قوی جانبه».

و هما معا کما تری، و لعله لذا جوز بعض العامه تقدم الیمین علی الأداء، لتنزیلها منزله الشاهد الذی لا ترتب فی شهادتهما، و آخر علی التعدیل.

کل ذا مع أن ما سمعته من المسالک لا یتم علی ما هو الأقرب، کما فی القواعد من أن الحکم إنما یتم و یصح بهما معا لا بأحدهما، لأن النصوص(۳)تضمنت القضاء بهما، و لتوقفه علی کل منهما، فیکون حجه مرکبه منهما تمام کل واحد منهما موقوف علی الآخر.

و ربما احتمل ضعیفا أن یکون بالشاهد بشرط الیمین، کیمین الاستظهار مع بینه المدعی، لأنها قول المدعی و هو لیس بحجه، و أن یکون بالیمین وحدها، لأن المعلول إنما یحصل بعدها، و لأنها کالقسامه مع الشاهد.

و ضعف الکل ظاهر، و تظهر الفائده فی الغرم و قدره مع رجوع الشاهد، فعلی الأول النصف، و علی الثانی الکل، و لا یغرم شیئا علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم.

الآخر، و ربما قیل بغرمه بناء علی أن الیمین إنما تقوت به.

و کیف کان ف یثبت الحکم بذلک فی الأموال، کالدین و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر و ما یقصد به المال کما فی المعاوضات، کالبیع و الصرف و الصلح و الإجاره و القراض و الهبه و الوصیه له و الجنایه الموجبه للدیه أصلا کالخطإ المحض و عمد الخطأ و قتل الوالد ولده و الحر العبد و کسر العظام و الجائفه و المأمومه، و ضابطه ما کان مالا أو المقصود منه مالا بخلاف القصاص و نحوه وفاقا للمشهور، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع علیه.

مضافا إلی إطلاق ما ورد فی القضاء بهما خصوصا مثل

خبر أبی مریم(۱)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «أجاز رسول الله (صلی الله علیه و آله) شهاده شاهد مع یمین طالب الحق إذا حلف أنه لحق».

و نحوه

خبر منصور بن حازم(۲)عنه (علیه السلام) أیضا «کان رسول الله (صلی الله علیه و آله) یقضی بشاهد واحد مع یمین صاحب الحق»

و مثله خبر البصری(۳).

و فی الفقیه(۴)«قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) بشهاده شاهد و یمین المدعی، و قال نزل علی جبرئیل بشهاده شاهد و یمین صاحب الحق، و حکم به فی العراق أمیر المؤمنین (علیه السلام)».

بل فی

صحیح ابن مسلم(۵)عن أبی جعفر (علیه السلام) «لو کان الأمر إلینا لأجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خیر مع یمین الخصم فی حقوق الناس، فأما ما کان من حقوق الله تعالی أو رؤیه الهلال فلا»

و قد سمعت خبر درع طلحه(۶).

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۸.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۲.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۶.

خلافا لما عن النهایه و الاستبصار و الغنیه و المراسم و الإصباح و الکافی من التخصیص بالدیون، بل فی الغنیه الإجماع علیه، و لعله ل

خبر حماد(۱)«سمعت الصادق (علیه السلام) یقول: کان علی (علیه السلام) یجیز فی الدین شهاده رجل و یمین المدعی».

و خبر أبی بصیر(۲)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن الرجل یکون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد، فقال: کان رسول الله (صلی الله علیه و آله) یقضی بشاهد واحد و یمین صاحب الحق، و ذلک فی الدین».

و خبر القاسم بن سلیمان(۳)«سمعت أبا عبد الله (علیه السلام) یقول: قضی رسول الله (صلی الله علیه و آله) بشهاده رجل مع یمین الطالب فی الدین وحده».

و خبر محمد(۴)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «کان رسول الله (صلی الله علیه و آله) یجیز فی الدین شهاده رجل واحد و یمین صاحب الدین، و لم یکن یجیز فی الهلال إلا شاهدی عدل».

بل عن الشیخ فی الاستبصار حمل إطلاق النصوص السابقه علی التقیید فی هذه النصوص، و

خبر درع طلحه(۵)إنما أنکر أمیر المؤمنین (علیه السلام) علی إطلاق قول شریح: «ما أقضی إلا بشاهد آخر معه»

ضروره عدم کون خصوص المقام مما یکتفی فیه بالشاهد و الیمین من الوالی.

نعم قد یقال: إن حمل المطلق علی المقید إنما یصح بعد فرض التقیید و عدم قوه المطلق من حیث کونه مطلقا و هما معا ممنوعان، لإمکان عدم إراده التقیید فی النصوص السابقه، ضروره أن القضاء بهما فی الدین أو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۰.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۶.

جوازه لا يقتضى عدم القضاء و لا عدم جوازه بغيره.

هذا بعد الإغضاء عن قصور السند و لا جابر له، لما عرفت من أن المشهور التعديه، بل قد سمعت دعوى الإجماع عليه من الشيخ و الحلى، بل عن الفاضل فى المختلف نفى الخلاف فيه، حيث حمل كلام النهايه على المال المطلق، بل ادعى الإجماع فيه فى محل آخر. و فى الرياض «و هو ظاهر فى ورود الدين بالمعنى العام الشامل له» بل يظهر من مجمع البحرين وروده لمطلق الحقوق، و عليه يمكن حمل عباره من عدا النهايه عليه أيضا، فيرتفع الخلاف. و لعله لهذا لم يشر إلى الخلاف هنا أحد من الأصحاب و إن كان فيه ما فيه.

نعم قد يستفاد من المقابله فى الخبر الأخير(۱)أن المراد به الأعم، لكن مقتضاه بل و مقتضى صحيح ابن مسلم و غيره(۲)مما اشتمل على لفظ «الحق» عموم ذلك لكل حق للناس حتى القصاص و الوصايه و الوكاله و نحوها، لا خصوص المال، نعم تخرج الشهاده على الهلال الذى لا وجه للحلف عليه من حيث إنه كذلك من أحد، و كذا غيره من الموضوعات العامه التى لا حق بالخصوص فيها لأحد، و إنما يراد ثبوتها لترتب الأحكام الشرعيه، و كذا كل ما لم تشرع اليمين فيه مثل حقوق الله تعالى التى هى أيضا لا دعوى لأحد بالخصوص فيها.

و بالجمله كل ما تشرع فيه رد يمين الإنكار على المدعى يشرع فيه الشاهد و اليمين، لأن الظاهر كون هذه اليمين يمين المنكر صارت للمدعى الذى له شاهد، و حينئذ فالاجتهاد فى النصوص يقتضى الاختصاص بالدين أو التعميم لكل حق، إلا أن الأصحاب على خلاف ذلك، بل جعلوا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱۲ و ۵ و ۸.

ضابطه المال أو المقصود منه المال، و لعلهم فهموا من نصوص الدین ذلک و حملوا علیها نصوص الحقوق أو أنهم عملوا

بالمرسل عن ابن عباس «إن رسول الله (صلی الله علیه و آله) قال: استشرت جبرئیل فی القضاء بالیمین مع الشاهد فأشار علی بذلک فی الأموال، و قال: لا تعدو ذلک»

و لکن لیس هو من طرقنا و لا معروف النقل فی کتب فروعنا، و إنما رواه فی المسالک، بل لعل مضمونه لا یوافق أصول الشیعه، و یمکن أن یکون من محرفات العامه، لأنک قد سمعت ما نزل به جبرئیل علیه (صلی الله علیه و آله) فی الخبر السابق(۱)و ربما تسمع إنشاء الله فیما یأتی زیاده تنقیح لذلک.

و کیف کان فلا إشکال فی الاجتزاء بها مع المرأتین القائمتین مقام رجل فی الشهاده، کما عن الأکثر، خصوصا بعد

خبر منصور بن حازم(۲)قال: «حدثنی الثقه عن أبی الحسن (علیه السلام) أنه قال: إذا شهدت لصاحب الحق امرأتان و یمینه فهو جائز»

و حسنه الحلبی(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «إن رسول الله (صلی الله علیه و آله) أجاز شهاده النساء مع یمین الطالب فی الدین یحلف بالله أن حقه لحق».

فما عن ابن إدریس- من المنع لعدم الإجماع و التواتر- مبنی علی أصله من انحصار الدلیل بذلک و نحوه. نعم ما عن التحریر من الجزم بالعدم فی هذا الکتاب واضح الضعف، خصوصا بعد مخالفته ذلک فی المحکی عنه فی کتاب الشهاده من الجزم بالقبول من غیر نقل خلاف.

و علی کل حال ف فی ثبوت النکاح

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۳.

بالشاهد و اليمين تردد و خلاف، فعن المشهور عدم ثبوته بالشاهد و اليمين مطلقا، لأن المقصود منه بالذات التناسل و المهر، و النفقه من التوابع، و فى القواعد «الأقرب الثبوت إن كان المدعى الزوجه» و وافقه عليه فى المسالك، و لعله لأنها تثبت مهرا و نفقه بخلاف الزوج، و عن بعضهم تقييده بما إذا كان دعواها بعد الدخول أو التسميه، لأنهما يثبتان المال، و ضعفه فى المسالك بأن النفقه لا تتوقف على الأمرين، و مفوضه المهر تدعى مهرا فى الجمله مطلقا. و لا يخفى عليك ما فيه.

و لو ماتت الزوجه كانت دعوى الزوج تتضمن المال و هو الميراث بل فى كشف اللثام لعله ليس من دعوى النكاح، بمعنى أنهم لم يريدوا بها ما يعمه، بل فى المسالك يمكن تضمن دعوى الزوج المال مطلقا نظرا إلى استحقاقه إياه.

أما الخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه إليه و عيوب النساء فلا يثبت شى ء منها بهما، لخروجها عن الضابط المزبور، بل لعله من الواضح فى الطلاق و النسب و الوكاله و الوصيه إليه و العيوب، بل فى كشف اللثام فى شرح عباره الفاضل «عدم ثبوت الطلاق بهما» زياده «و إن استلزم تنصيف المهر أو سقوط النفقه، و الرجعه و إن استلزمت النفقه، و العتق و إن كان الرقيق مالا، و الكتابه و إن استدعت مالا، و التدبير و النسب و إن استلزما إرثا أو نفقه، و الوكاله و إن كانت فى مال و بجعل و الوصيه إليه و إن كانت كذلك، و عيوب النساء و إن استتبعت براءه عن المهر أو ردا للثمن و غرامه».

بل فى المسالك الاتفاق على عدم ثبوت الرجعه بهما، لأنها لا توجب مالا، إذ النفقه يوجبها النكاح الأول لا هى. نعم قد يتوقف فى الخلع

إذا ادعاه الزوج و إن أطلق جماعه المنع منه، بل فی الروضه نسبته إلی الأکثر لتضمنه حینئذ دعوی المال و إن انضم إلیه أمر آخر، بل فی الروضه «ینبغی القطع بثبوت المال کما لو اشتملت الدعوی علی الأمرین فی غیره کالسرقه، فإنهم قطعوا بثبوت المال» و قواه فی الریاض، و حکی عن الدروس الجزم به، و فی المسالک الوجه قبوله بهما ناقلا عن العلامه فی أحد قولیه.

و أما العتق فالمشهور عدم ثبوته بهما، لمعلومیه عدم مالیه الحریه، و لکن عن بعضهم ثبوته بهما، لتضمنه المال من حیث إن العبد مال للمولی، فهو یدعی زوال المالیه، و ظاهر اللمعه عدم الخلاف فی المنع من القبول فی التدبیر و الکتابه و الاستیلاد، لکن فی الروضه ظاهره عدم الخلاف، مع أن البحث آت فیها، و فی الدروس ما یدل علی أنه بحکم العتق لکن لم یصرحوا بالخلاف، فلذا أفردها، و فی المسالک اختلف کلام الفاضل فی القواعد و التحریر، ففی کتاب العتق و التدبیر قطع بثبوتهما بهما من غیر نقل خلاف، و فی هذا الباب قطع بعدم ثبوتهما بهما کذلک، و توقف فی الدروس مقتصرا علی نقل القولین، و له وجه.

و فی الوقف إشکال بل و خلاف، فعن الشیخ فی الخلاف المنع مطلقا، و عنه فی المبسوط و المحکی فی السرائر و الحلبی و الفاضل و غیرهم ثبوته بهما مطلقا، و فی الدروس و المسالک و غیرها الثبوت بهما إذا کان خاصا، و قد ذکر غیر واحد أن منشأه أی الاشکال و الخلاف النظر إلی من ینتقل فهل هو إلی الموقوف علیهم أم إلی الله تعالی أم الأول مع الانحصار و الثانی مع عدمه أو یبقی علی ملک الواقف؟ و قد عرفت تحقیق الحال فی ذلک فی کتاب الوقف.

و الأشبه عند المصنف و غیره القبول، لانتقاله إلی الموقوف

عليهم لكن قد يشكل فى مثل العام بعدم صحه اليمين من أحد الموقوف عليهم و إن قلنا بالانتقال فيه إلى الموقوف عليهم، ضروره كونهم حينئذ كمستحقى الزكاه و الخمس و الوصيه على الوجه العام، كما أنه قد يشكل أصل المنشإ المزبور بإمكان القول بالاكتفاء بملك المنفعه الذى لا إشكال فى كونها ملكا للموقوف عليهم و إن لم نقل بكونه ملكا لهم، و فى القواعد فى كتاب الشهادات «الأقرب جريانهما فى حقوق الأموال كالأجل و الخيار و الشفعه و فسخ العقد و قبض نجوم الكتابه و فى النجم الآخر إشكال» إلى غير ذلك من كلماتهم المبتنيه على اندراج مثل هذه الأفراد فى الضابط المزبور و عدمه.

و فى الرياض «لا بد من تحقيق معنى تعلق الدعوى بالمال الموجب لقبول القضاء بهما هل هو التعلق المقصود بالذات من الدعوى أو مطلق التعلق و لو بالاستتباع؟ و الذى يقتضيه النظر فى كلماتهم أن المراد به هو الأول، و لذا لم يثبتوا بهما النسب و الرجعه بلا خلاف أجده، بل عليه الوفاق فى المسالك مع أنهما يستتبعان المال من النفقه و نحوها بلا شبهه، و حينئذ فالأقوى فى النكاح عدم الثبوت مطلقا و فى الخلع على التفصيل و لى فى الثالث توقف، و لكن الأصل يقتضى العدم مع كونه أشهر».

و لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم ثبوت كون العنوان للحكم التعلق بالمال فى شى ء من النصوص المرويه من طرقنا كى يرجع فى المراد منه إلى العرف، و كلامهم غير منقح، بل فيه من التشويش ما لا يخفى، بل لم يعلم كون المراد بالتعلق المزبور ذاتا أو حال الدعوى، كما إذا ادعى أنه ابن الرجل المزبور ليجوز إرثه، نحو دعوى الرجل أن المرأه زوجته بعد موتها ليحصل الإرث الذى جعلوه خارجا عن مسأله النكاح بل قد سمعت ما فى الروضه فى الخلع من ثبوت المال بهما دون السبب

نحو السرقه، مع أن ذلک جار فی جمیع الأسباب التی لا إشکال عندهم فی ثبوتها بهما، کما هو ظاهر ضابطهم المزبور.

و من الغریب اتفاقهم علی خروج الوکاله علی المال و إن کانت بجعل، و کذا الوصیه، و اختلافهم فی العتق.

و بالجمله کل من أعطی النظر حقه فی کلماتهم و خلع ربقه التقلید یعلم أنها فی غایه التشویش، و السبب فیه هو الضابط المزبور الذی لم نجده فی شی ء من النصوص، و إنما الموجود فیها عنوانا للحکم «حقوق الناس» بعد عدم تقییدها بنصوص الدین، و لو للتجوز فیه بإراده ذلک منه، خصوصا بقرینه المقابله بذکر ما لا یثبت به من الهلال و حقوق الله تعالی.

مؤیدا ذلک بما سمعته فیها من ذکر یمین المدعی و یمین صاحب الحق، بل و بما تقدم سابقا من الخبر(۱)المشتمل علی أن استخراج الحقوق بأربعه، و عد منها الشاهد و الیمین الظاهر فی کونه مثلها فی ذلک.

بل قد عرفت سابقا أنه بالتأمل فی نصوص المقام یستفاد منها أن الیمین الذی مع الشاهد هو یمین المنکر الذی لو شاء ردها علی المدعی، و حینئذ یکون المیزان ما یثبت بها، و لکن حیث إن جمله من أوباش الناس لا تحمل عقولهم هذا الخلاف کان المتجه القول بأن عنوان الحکم هو ما ذکرناه، و لکن کل ما ثبت إجماع محقق علی عدم ثبوته بالشاهد و الیمین و إن کان هو حقا للناس قلنا به و إلا فلا، و حینئذ کل أفراد الخلاف داخله فیما ذکرناه من الضابط و إن خرجت عما ذکروه من الضابط، و الله العالم.

و لا تثبت دعوی الجماعه مالا بینهم مثلا مع الشاهد إلا مع حلف کل واحد منهم لأنها تنحل إلی دعاوی متعدده و إن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۴.

كانت هى واحده بالظاهر، على أنك ستعرف الإجماع ظاهرا على عدم ثبوت اليمين مال آخر، فلو اجتزئ هنا بيمين أحدهم كما استظهره المقدس البغدادى إن لم يكن إجماعا ثبت به حينئذ مال الغير، فلا وجه لاحتماله كما لا وجه لاحتمال توقف ثبوت الدعوى على الحلف من الجميع بحيث لو حلف أحدهم لم يثبت ما يخصه أيضا، ضروره مخالفته لإطلاق الأدله أجمع، فتعين حينئذ ما سمعته أولا من الأصحاب بلا خلاف نجده فيه بينهم، بل و لا إشكال بعد ما عرفت.

و حينئذ ف لو امتنع البعض من الحلف ثبت نصيب من حلف لاندراجه فى جميع الأدله السابقه دون الممتنع بل فى القواعد «ليس لولد الناكل بعد موت أبيه أن يحلف» و لعله لأنه إنما ينتقل إليه من أبيه ما ملكه، و مع النكول يسقط الملك.

لكن فيه أنه لم يثبت سقوط الحق بمثل هذا النكول الذى هو ليس نكولا عن اليمين المردوده، و لهذا قال هو بعد ذلك: «و لو أقام شاهدا واحدا و نكل عن اليمين معه احتمل أن يكون له الحلف و عدم القبول إلا بشاهد آخر» و لو أن هذا النكول مثل النكول عن اليمين المردوده لم يقبل منه حتى لو أقام شاهدا آخر، فالمتجه أن نكوله عنه تأخير للدعوى التى لم يجبر عليها. و حينئذ فلولده الحلف بعد موت أبيه مع نكوله فضلا عما لو لم ينكل.

لكن فى كشف اللثام أنه «يحلف كان لوالده إن كان يعلم، لعدم سقوط الملك و قيام الوارث مقامه، و لكن لا يكفيه هذا الحلف إلا إذا لم يثبت المدعى عليه البراءه أو الانتقال و لم يحلف على عدم استحقاق الولد، بخلاف الوالد، فإنه يحلف على استحقاقه الآن، فلا يحلف المدعى عليه على العدم» و كان مرجعه إلى الفرق بين يمين الوالد و الولد

فيما لو فرض أن المـدعى عليه ادعى عـدم اسـتحقاق الولـد لـذلك، فإنه يسـمع منه ذلك، و حينئـذ لو حلف على ذلك لم ينفع يمين الولد، فان ثبوته لأبيه أعم من اسـتحقاقه له بخلاف يمين الوالد، فإنه لا يجرى فيها شـى ء من ذلك، ضـروره كون صورتها أنه الآن مستحق له، فلا وجه لدعوى عدم استحقاقه له و لا لليمين على ذلك، و لكن لا يخلو من نظر.

ثم قال: «و لو أقر المـدعى عليه بعد موت الوالد و شـهد به واحد كان للولد الحلف بعد الشـهاده، كما كان يحلف الوالد، و كفاه إن لم يثبت المدعى عليه البراءه أو الانتقال بعد إقراره، و هذا الحلف ليس مما قام فيه مقام الوالد، و لا هذه الدعوى دعواه».

و على كل حال ففى وجوب إعاده الشـهاده لحلف الولد إشـكال فى القواعد أقواه عندنا عدم الوجوب، للأصل و غيره بعد اتحاد الدعوى و قيام الوارث منها مقام المورث، فتغاير المدعيين لا يعددها، و لو ورث الناكل الحالف قبل الاستيفاء اسـتوفى المحلوف عليه، لثبوت ملكه له ما لم يكذبه فى الدعوى، لأخذه بإقراره.

و لا يجوز أن يحلف من لا يعرف ما يحلف عليه يقينا و إن كان هو مقتضى الأصول العقليه، و قد تقدم جمله من الكلام فيه، لما سمعته من النصـوص(۱)المصـرحه بـذلك، إلاـ أن من المقطوع به جواز الحلف على مـا تقتضـيه اليـد من الملـك، كما سـمعت التصريح به فى الخبر(۲)السابق، و إنما المراد هنا عـدم جواز حلف الوارث مثلا بما يجـده مكتوبا بخط والـده أو بما يشـهد له به شاهد، خلافا لبعض العامه، فجوز الحلف على شهاده شاهد واحد، أما لو شهد له به شاهدان فقد

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من كتاب الأيمان.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

يقال بالجواز، لأنها حجه شرعيه، بل قد يحتمل جواز الحلف على مقتضى استصحاب الموضوع الثابت، لكنه لا يخلو من إشكال بل منع فيهما، لعدم العلم

المعتبر فى الحلف الذى لم يثبت قيام نحو ذلك مقامه فى الفرض، بل لعل الثابت خلافه.

و لا يثبت مالا لغيره و إن تعلق له به حق بلا خلاف، بل قد يظهر من المسالك و غيرها الإجماع عليه، و لا إشكال، للأصل السالم عن معارضه ما دل على الثبوت بها بعد ظهوره فى المدعى لنفسه، لكن فى كشف اللثام «إلا الولى لمال المولى عليه، فان الحالف إما المنكر أو المدعى له، أما الولى فقوله بمنزله قول المولى عليه» و لم أجده لغيره، بل إطلاقهم يقتضى خلافه.

و حينئذ فلو ادعى غريم الميت مالا له على آخر مع شاهد فان حلف الوارث لأنه المالك للتركه عندنا و إن كان الدين مستوعبا ثبت و إن تعلق به حق الديان.

نعم قد يستشكل فيما لو كان الدين مستوعبا مثلا و قلنا ببقاء التركه على حكم مال الميت، فان يمين الوارث حينئذ لإثبات مال الغير، إلا أن ظاهرهم الاتفاق على جواز حلفه على كل حال، لأن له تعلقا به على وجه يكون له بإبراء الديان مثلا.

و فيه أن التعلق لا يكفى فى جواز الحلف لإثبات مال الغير، اللهم إلا أن يكون مثل هذا التعلق كافيا. و منشأه ظهور الأدله، بل قد يدعى معلوميه قيام الوارث مقام مورثه فى مثل ذلك، فله الحلف حينئذ على ماله، ثم يتبعه التعلق بالدين، و ربما يخرج على جواز حلفه كذلك تبعيه الوصيه، بل صريح بعضهم أنه بعد الحلف يتعلق بالمال الوصايا و الديون، و هو كذلك فى الوصايا التى تكون كالديون، و هى الكليه المتعلقه بالتركه

تعلق الـدين، بل قد يقال: إن التركه معها ملك الوارث و إن وجب عليه أداؤها منه إلا على احتمال انحلالها إلى حصه مشاعه من التركه، بناء على أن الكلى فى الخارج لا يكون إلا عليها، و لكن فيه بحث أو منع قد ذكرناه فى محله.

أمـا الوصـيه بـالثلث على وجه لاـ تعلق للوارث به فـان قلنـا بكونه ملكا للوارث تحرزا من بقاء المال بلا مالك لخروج الميت عن قـابليته ابتـداء و اسـتدامه لم يكن إشـكال فى جواز حلفه أيضـا، أمـا إذا قلنا ببقائه على حكم مال الميت فقـد يشـكل جواز حلفه بكونه لإثبات مال الغير، و الفرض عـدم التعلق به كما فى المال المتعلق به الدين، لخروجه بالوصـيه عن إرث الوارث، و ليس فى الأدله ما يقتضى قيام الوارث مقام المورث حتى فى هذا الذى لا تعلق للوارث به فى وجه.

اللهم إلاـ أن يقـال: إنه قـد ورث حق الـدعوى به و إن صـار بعـد الثبوت على حكم مال الميت و لا تعلق للوارث به، و لكنه كما ترى، و لم أجد ذلك محررا فى كلام الأصحاب.

و ربمـا ينقـدح من هـذا الإشـكال فى الحلف من المالك على العين التى تعلق بها الخمس و الزكاه، لأنه أيضا حلف لإثبات مال الغير، لكن السـيره على خلاـفه، و لعلهـا لبقـاء تعلقه بهـا، و الأولى إذا أراد الحلف أن ينقلها إلى ملكه بما يقابل الخمس فى ذمته حتى يتمحض له، لأنه مخير فى دفعه منه و من غيره.

و على كـل حـال ف ان امتنع الوارث لم يحلف الغريم على أنه ملـك الميت، و لاـ يجبر الوارث على الحلف، للأصـل و غيره، و لكن للغريم إحلاـف المـدعى عليه، لأـن له تعلقا بـذلك، فإن أحلفه برأ من الغريم و لم يبرأ من الوارث، فان حلف الوارث كان للغريم

أخذه من حيث ثبوت كونه تركه، بل يقوى جواز مطالبته به قبل قبض الوارث له، و إن استشكل فيه الفاضل من إحلافه، لكن فيه أن سقوط استحقاقه عليه من جهه لا ينافى الاستحقاق من جهه أخرى، كما أسلفنا الكلام فيه.

و كذا لو ادعى رهنا و أقام شاهدا أنه ملك للراهن لم يحلف على أنه ملك الراهن لأن يمينه لإثبات مال الغير حينئذ لكن فى الدروس الإشكال فى ذلك مما عرفت و من ثبوت النفع، إلا أنى لم أعرفه لغيره من أصحابنا، و إنما هو محكى عن بعض العامه، نعم لو ادعى الرهانه و أراد إثباتها من غير تعرض للمالك لم يبعد إثباتها بالشاهد و اليمين، و لا- ينافيها كونه ملكا للغير، فإنه يمكن تعلق الرهانه به و إن كان ملكا للغير، بل لو ادعى غريم الميت أن له حق الوفاء من هذه العين من غير تعرض لمالكها أمكن الثبوت و إن لم يثبت أنها تركه ميت، إلا أنى لم أر مصرحا بذلك، و لعله لتوقف ثبوت حق الاستيفاء له على كونه تركه للميت، و الفرض عدم ثبوتها بيمينه، و بذلك يفرق بينه و بين الأول، فتأمل.

و لو ادعى الجماعه مالا لمورثهم و حلفوا أجمع مع شاهدهم ثبتت الدعوى بلا خلاف و لا أشكال و قسم بينهم على الفريضه، و لو كان وصيه قسموه بالسويه لظهورها فى ذلك إلا أن يثبت التفضيل من الموصى و لو امتنعوا لم يحكم لهم لعدم تمام الحجه.

و لو حلف بعض أخذ و لم يكن للممتنع معه شركه لإطلاق أدله القضاء بالشاهد و اليمين، و انحلال دعوى الجماعه إلى دعاوى متعدده، كما عرفته فى المسأله السابقه، و حينئذ لم يكن للممتنع معه شركه، لأنه

بتركه لليمين قد أبطل حجته و أسقط حقه، فصار بمنزله غير الوارث.

و فى المسالك «و قد يشكل الفرق بين هذا و بين ما لو ادعيا على آخر مالا و ذكرا سببا موجبا للشركه كالإرث، فإنه إذا أقر لأحدهما شاركه الآخر فيما وصل إليه، فخص بعضهم هذا بالدين و ذاك بالعين، لأن أعيان التركه مشتركه بين الورثه، و المصدق معترف بأنه من التركه بخلاف الدين، فإنه إنما يتعين بالتعيين و القبض، فالذى أخذه الحالف تعين لنفسه بالقبض، فلم يشاركه الآخر فيه، و هذا الحكم مبنى على ما إذا استوفى بعض الشركاء نصيبه من الدين هل يشاركه الآخر أم لا؟

و هذه التخصيصات لا توافق مذهب المصنف من مشاركه الشريك فى الدين فيما قبضه الآخر منه، و مع ذلك فلو انعكس الفرض انعكس الحكم».

قلت: الذى صرح بالفرق الفاضل فى التحرير، فإنه قال على ما حكى عنه: «و لا شركه للغائب فيما أخذ الحاضر إذا كانت الدعوى دينا، أما لو كانت عينا و أخذ نصيبه منها بالشاهد و اليمين فإن الغائب إذا حضر و امتنع من اليمين أخذ نصيبه مما أخذ، كما لو ادعى الوارثان عينا فأقر لأحدهما فصالحه كان للآخر الشركه».

و قال فى الإرشاد فى كتاب الشهادات فى مفروض المسأله: «و لو استوفى الحاضر حصته من الدين لم يساهمه الغائب، و إن كان عينا ساهمه».

و قال فى القواعد فى مفروض المسأله: «هل للمولى عليه منهم شركه فيما يقبضه الحالف؟ الأقرب ذلك إن كمل و حلف».

و علله شارحه الأصبهانى بأن الإرث أو الوصيه سبب لاشتراك الكل بالإشاعه و المفروض اعتراف الحالف بالسبب المشرك، و الاستيفاء ليس بقسمه، ثم قال الشارح المزبور: «و هو ظاهر فى العين دون الدين، لأنه يتعين بالقبض، و أما إذا لم يحلف فقد أسقط حقه، و يحتمل الشركه

و إن لم يحلف، لاعتراف القابض بشركته بالإشاعه و أن القسمه بغير إذنه، فباعترافه لم تقع موقعها، و العدم مطلقا للحكم بانتزاع ما قبضه، فهو أبلغ من القسمه بالتراضى».

و فى المسالك «أنه فرق آخرون بين الإقرار و بين المقام بأن المدعى هناك تلقى الملك من إقرار ذى اليد ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق بأنه إرث، فلذلك شاركه فيه، بخلاف ما هنا، فان السبب هنا الشاهد و اليمين، فلو أثبتنا الشركه لملكنا الناكل بيمين غيره، و بعيد أن يمتنع الإنسان من الحلف ثم يملكه بحلف غيره، مع أن اليمين لا تجرى فيها النيابه، و على هذا فلا يفرق بين العين و الدين- و أشكله فيها- بأن سبب الملك ليس هو اليمين بل الأمر السابق من إرث أو وصيه و غيرها، و اليمين إنما كشفت عن استحقاقه السابق و رفعت الحجر عنه- ثم قال-:

و لو فرض حلف الآخر بعد ذلك فان كان قبل الدفع إلى الأول فلا كلام، و إن كان بعده ففى مشاركه الثانى له وجهان: من وجود السبب المقتضى للشركه، و سبق الحكم باختصاص الأول بما حلف عليه و قبضه، و تظهر الفائده فى المشاركه فى النماء الحاصل قبل يمين الثانى».

و فى الدروس بعد أن ذكر نحو ما سمعته من التحرير قال: «و يشكل بالفتوى أن الشريك فى الدين يأخذ نصيبه من شريكه» إلى غير ذلك من كلماتهم المشوشه فى المسأله.

و التحقيق عدم الفرق بين الدين و العين بعد تحقق سبب الشركه فيهما، إذ الدين عين أيضا، إلا أنها كليه، و قد تقدم التحقيق فى الشركه بالدين أنه إذا قبض بعض الشركاء لنفسه و دفعه المديون له أيضا كذلك لم يختص به عن الشريك الآخر لو فرض إجازته القبض وفاء عن الدين المشترك، خلافا لابن إدريس، و قد ذكرنا النصوص و الفتاوى على

خلافه، ضروره عدم ولايه للمديون على تعيين الحصه المشاعه التى هى للشريک فى عين خارجيه و إن اتفق معه، نعم لو أراد الاستقلال بذلک صالحه عن حصته المشاعه بعين أو حول عليها على إشاعتها أو نحو ذلک مما ذكرناه فى وجه اختصاص بعض الشركاء عن بعض حتى فى العين.

و منه يعلم النظر فيما فى التحرير من لحوق الشريک للآخر لو صالحه عن حصته فى العين زياده على ما سمعته منه و من غيره من اختصاص الشريک عن الغائب فيما يقبضه بالشاهد و اليمين من حصته فى الدين.

و أغرب من ذلک ما سمعته من المحكى فى المسالک من الفرق المزبور بين الإقرار و غيره، ضروره أن لحوق الشريک فيما قبضه الآخر بيمينه ليس لإثبات حقه بيمين غيره مع فرض نكوله، بل هو لاعتراف القابض بإشاعه الدين و إن توصل هو إلى قبض بعضه بعنوان أنه حصه له بيمينه، لكن ذلک لا يغير الواقع و ما فى النفس الأمر. و أغرب منه ما سمعته من الاحتمالات فى كشف اللثام.

نعم قد يتجه اختصاص الشريک فى الدين و العين بما يقبضه منهما إذا لم يعلم بقاء سبب الشركه، لاحتمال الإبراء من شريكه أو نقله بحصته على الإشاعه أو نحو ذلک، و العلم السابق بحصول مقتضى الشركه لا يقتضى التشريک فيما يدفعه المديون أو من فى يده العين منها مع عدم ثبوت الشركه بظاهر الشرع، بل ربما ثبت عدمها بظاهر الشرع، كما لو رضى بيمينه أو نكل عن يمين ردت عليه أو نحو ذلک و حينئذ فالحكم الظاهرى لم يعلم فساده، كما لم يعلم عدم تماميه ما قصداه معا من الاختصاص بعد عدم حجيه الأصول المثبته عندنا.

بل قد يقال باختصاصه فى هذا الحال مع غيبه الشريک الآخر و إن جاء و حلف، لكن ذلک لا يقتضى التشريک فى حق القابض الأول، إذ

يمكن كذبه بيمينه، كما يمكن ذلك فى الأول، فلا يلحق أحدهما الآخر إلا مع تداع جديد بينهما.

و بذلك بان لك الحال فى جميع أطراف المسأله حتى لو كان فى الجمله مولى عليه لصغر و نحوه، فإنه لم يحلف وليه لكون المال لغيره، و لكن يوقف نصيبه، فان كمل و رشد حلف و استحق و إن امتنع لم يحكم له و فى شركته للقابض الأول حلف أو لم يحلف و شركه الآخر له على تقدير حلفه ما سمعته، و ليس للولى مطالبه المديون بكفيل إلى أوان الحلف على الأصح، كما أنه لا يجب على الوالى أخذ نصيب المولى عليه من الغريم، لعدم الثبوت و إن تردد فى محكى التحرير فى نصيب الغائب، و احتمل فى كشف اللثام الفرق بين العين فيؤخذ و الدين فلا.

و إن مات المولى عليه مثلا قبل ذلك كان لوارثه الحلف أنه لمورث مورثه و استيفاء نصيبه كما سمعته فى غيره، و الأقوى عدم احتياج إعاده الشهاده حتى فى الوصيه، لكن فى كشف اللثام إن كان الدعوى فى الإرث لم يفتقر إلى إعاده الشهاده و إن لم يأت الولى بالشاهد، و إن كان فى الوصيه افتقر إن لم يأت الولى به، و الفرق أنه ثبت فى الأول أولا ملك المورث، و هو ملك واحد، بخلاف الثانى، و فيه أن إطلاق الأدله يقتضى أعم من ذلك، كما أومأنا إليه سابقا فى دعوى الجماعه غير الورثه.

هذا كله بالإثبات بالشاهد و اليمين، أما إذا كان بالبينه فلا خلاف عندهم فى انتزاع حصه الغائب أو المولى عليه من العين و الدين و لو من الحاكم الذى هو ولى الغائب فى نحو ذلك، كما لو علم بالاستحقاق، نعم فى الدروس احتمل بقاء حصه الغائب فى الدين و استبعده.

و قد يشكل أصل الأخذ بأن البينه و إن كانت حجه شرعيه إلا أنها لمن ادعى بها بنفسه أو وكيله أو وليه لا مطلقا، و يدفع بإطلاق ما دل على حجيتها ما لم يعلم فسادها، على أن الولى هنا و لو الحاكم الذى يتوقف استقلال الحاضر على نصيبه على مقاسمته له، فتأمل جيدا.

[مسائل خمس]

[المسأله الأولى لو قال هذه الجاريه مملوكتى و أم ولدى حلف مع شاهده و ثبت رقيتها]

الأولى:

لو قال: هذه الجاريه التى فى يد زيد مثلا مملوكتى و أم ولدى و أنكر زيد و أقام شاهدا على ذلك حلف مع شاهده و ثبت بذلك رقيتها بلا خلاف و لا إشكال، لأنها مال و إن كانت أم ولد، و لكن يختص الثبوت بها دون الولد، لأنه ليس مالا حتى يثبت بالشاهد و اليمين و إن كان يثبت لها حكم أم الولد من عدم جواز بيعها و غيره بإقراره و حينئذ فيثبت من تلك الدعوى المتضمنه لأمور أربعه اثنان: كونها مملوكته، و الثانى أنها أم ولد، الأول بالشاهد و اليمين و الثانى بالإقرار، و يبقى لحوق الولد به، و يتبعه كونه حرا، و لا ريب أن الشاهد و اليمين لا يثبت النسب عند الأصحاب، نعم يلحقه حكم الولد من حيث الإقرار، فهو حينئذ كمدعى بنوه عبد الغير، و قد تقدم البحث فيه فى محله، و الوجه ثبوت حريته على تقدير انتقاله إلى ملكه فى الظاهر فى وقت ما لا معجلا.

و أما الحريه فبناء على ثبوتها بالشاهد و اليمين فقد يقال بعدمه هنا باعتبار كونها هنا تابعه للنسب لا واقعه بالذات، و انتفاء المتبوع يستتبع انتفاء التابع.

و فيه أن انتفاءه واقعا يقتضى ذلک، لا عدم الحكم به فى ظاهر الشرع، و حينئذ يمكن إثباتها بهما، كما لو اشتملت الدعوى على أمرين يثبت أحدهما بذلک دون الآخر، و حينئذ ففى الفرض تثبت حريته بهما، و لا يقدح فيها كونها تابعه لما لا يثبت بهما، ضروره كونها مدعى بها فى الجمله، فهى حينئذ كدعوى السرقه.

و دعوى أن حريه الولد ليست من حقوق المدعى كى تندرج فى ضابط الشاهد و اليمين يدفعها أنها من حقوقه مع استنادها إلى كونه ولدا له، بل قد يقال: إن الحكم بملكيه الجاريه يقتضى الحكم أيضا بملكيه الولد الذى هو من نمائها التابع لها، كما لو ثبت غصب جاريه، فإنه يحكم له بالولد الحاصل منها فى يد الغاصب، بل ثبوت الاستيلاد يقتضى ذلک، و حينئذ فينتزع الولد و يتم لحوقه به بإقراره و إن كان قد يناقش بتقديم ما تقتضيه اليد من الملک فعلا على ذلک، خصوصا بعد دعواه الحريه بالاستيلاد الذى لا يقتضى ثبوته بالإقرار كونه كذلک فى حق المدعى عليه.

هذا و فى المسالک «الأظهر الأول، لأنه لا يدعى تملک الولد و لا عتقه، و إنما يدعى نسبه و حريته، و هما لا يثبتان بهذه الحجه، و على هذا فيبقى الولد فى يد صاحب اليد».

و فيه أن دعوى نسبه و حريته تشتمل على دعوى مال و دعوى غيره، بناء على أن دعوى زوال المال عمن هو فى يده و محكوم بكونه مالا له بظاهر الشرع- نحو دعوى العبد العتق على من فى يده- من دعوى المال، بل لو فسرت دعوى المال بالتى تتعلق بالمال لو لا الدعوى لكان ما نحن فيه من ذلک قطعا، إذ هو مال لمالک الجاريه باعتبار كونه نماءها التابع لها أو لمن فى يده باعتبار اليد الظاهره عليه.

و على كل حال هى دعوى مال على هذا التقدير و غير مال، فيثبت

منها بالشاهد و اليمين ما رجع إلى المال دون الآخر و إن كان يثبت حينئذ بإقراره بعد ثبوت الحريه، فتأمل.

[المسأله الثانيه لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا فإن حلف المدعون مع شاهدهم قضى لهم]

المسأله الثانيه:

لو ادعى بعض الورثه أن الميت وقف عليهم دارا مثلا و بعدهم على نسلهم فان حلف المدعون أجمع مع شاهدهم الواحد بناء على القضاء بذلك فى مثله قضى لهم بالوقفيه و لم يؤد منه دين و لا ميراث و لا وصيه، فان انقرض المدعون معا أو على التعاقب فهل يأخذ البطن الثانى الدار من غير يمين أم يتوقف قبضهم على اليمين؟ ففى المسالك «فيه وجهان مبنيان على أن البطن الثانى يتلقون الوقف من البطن الأول دون الواقف، فعلى الأول كما هو الأشهر فلا حاجه إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث ملكا بالشاهد و اليمين ثم مات، فان وارثه يأخذه بغير يمين، و لأنه قد ثبت كونه وقفا بحجه يثبت بها الوقف فيدوم، كما لو ثبت بالشاهدين، و لأنه حق ثبت لمستحق فلا يفتقر المستحق بعده إلى اليمين، كما لو كان للمدعى ملكا، و لأن البطن الثانى و إن كانوا يأخذون عن الواقف فهم خلفاء عن المستحقين أولا، فلا يحتاجون إلى اليمين، كما إذا أثبت الوارث للميت ملكا بشاهد و يمين و للميت غريم، فان له أن يأخذه بغير يمين».

و هو كما ترى لا محصل له، ضروره عدم تعقل تلقيهم من البطن الأول على وجه يقتضى التلازم بينهما أو اندراج حقهم فى حق الأولين حتى يكون اليمين من الأولين مثبتا لحقهم لا حق الغير، و القياس على إثبات الملك مع حرمته عندنا هو مع الفارق، ضروره أن الانتقال إلى الإرث

و تعلق حق الدين من لوازم الملك، بخلاف كونه وقفا على خصوص الثانى، فإنه ليس من لوازم الأول، و الحجه الشرعيه إنما هى فى حق صاحب الحق لا لإثبات الشى ء فى نفس الأمر، و لهذا كان فرق بينهما و بين البينه، فالمتجه حينئذ التوقف على اليمين كالبطن الأول.

ثم قال فيها تفريعا على هذا «و حينئذ فلو كان الاستحقاق بعد الأولاد للفقراء و كانوا محصورين كفقراء قريه و محله فالحكم كالأول، و إن لم يكونوا محصورين بطل الوقف، لعدم إمكان إثباته باليمين، و عادت الدار إرثا، و هل تصرف إليهم بغير يمين؟ وجهان، و يحتمل عودها إلى أقرب الناس إلى الواقف بناء على أنه وقف تعذر مصرفه، كالوقف المنقطع، و يجرى فيه الخلاف الذى قد تقدم فى الوقف».

و هذا الكلام أغرب من الأول، إذ ما ذكره من الاحتمال الأخير لم نعرف أحدا ذكره فى الوقف المنقطع، و لا وجه له، فإن أقرب الناس إلى الواقف لا مدخليه له فى شى ء من ذلك، و احتمال إراده الإرث منه كما عساه يشعر به كلامه فى آخر المسأله يدفعه أنه ذكره بعد أن ذكر البطلان و أنه صار إرثا، و البحث فى كونه لورثه الواقف حين الوقف أو حين الانقطاع أو غير ذلك تقدم فى محله، نعم ذكروا فى الوقف المعلوم بقاؤه على الأبد و اتفق تعذر مصرفه أنه يحتمل صرفه فى أقرب الجهات إلى الوقف الأول أو فى مطلق وجوه البر، و الفرض أن المقام ليس منه قطعا، لعدم ثبوت وقفه.

و كذا ما ذكره من الوجهين بعد الجزم ببطلان وقفه و عوده إرثا فى توقف صرفه إليهم على اليمين و عدمه، إذ لا استحقاق لليمين على الوارث بعد عدم مدع لكون المفروض وقفه على الفقراء و هم غير منحصرين.

بل ما ذكره أولا من الحلف على فرض كون الوقف على فقراء

قريه أو محله قد يناقش فيه بأنه لا وجه له مع فرض كون المراد الجنس و إن اتفق انحصار أفراده فى الخارج، فان ذلك لا يجعل للمخصوصين من حيث كونهم كذلك حق الدعوى على وجه لهم الحلف مع الشاهد و اليمين المردوده و نحو ذلك، فتأمل.

و لو مات أحد الحالفين صرف نصيبه إلى الآخرين، فان لم يبق إلا واحد صرف الكل إليه، لأن استحقاق البطن الثانى مشروط بانقراض الأولين، و لكن فى المسالك أيضا «و هل أخذ الآخرين بيمين أو بغيره مبنى على أن البطن الثانى هل يأخذ بيمين أم لا؟ فان قلنا بعدمه فهنا أولى، و إن قلنا به فهنا وجهان: من انتقال الحق إلى الثانى عن غيره فيفتقر إلى الحلف، و من كونه قد حلف مره و صار من أهل الوقف، فيستحق بحسب شرط الوقف تاره أقل و تاره أكثر».

و فيه أنه أيضا إسراف من الكلام، ضروره الفرق بين ذلك و بين البطن الثانى، بل ليس فيه إلا وجه واحد، لأن اليمين الأولى قد أثبتت استحقاق الحالف على حسب ما وقف الواقف، فلا يحتاج حينئذ فى صيروره نصيب الميت إليه إلى يمين، كما هو واضح.

و إن امتنعوا أجمع من اليمين حكم بها ميراثا للجميع و تتعلق بها الوصايا و الديون و لكن كان نصيب المدعين وقفا لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، دون نصيب غيرهم، فان مات الناكلون ففى المسالك «فى صرف حصتهم إلى أولادهم على سبيل الوقف بغير يمين وجهان مبنيان على تلقى الوقف، كما تقدم».

و فيه أن الإقرار من ذى النصيب هنا كاف فى ثبوت الوقف لهم، بل لا وجه لليمين هنا مع عدم المنازع لهم، إذ الفرض إقرار الأب بما أصابه من نصيب الإرث، إلا أنه قد نكل عن اليمين السابقه، و ليس لشركائهم مخاصمه معهم فى ذلك.

ثم قال: «و هل للأولاد أن يحلفوا على أن جميع الدار وقف؟

وجهان من كون الأولاد تبعا لآبائهم، فإذا لم يحلفوا لم يحلفوا، و من أنهم يتلقون الوقف من الواقف فلا تبعيه، و ربما بنى الخلاف على أن الوقف المنقطع الابتداء هل يصح أم لا؟ فان منعناه لم يحلف الأولاد على الجميع، لانقطاعه قبل طبقتهم، و إن جوزناه جاء الوجهان، و الحق مجيئهما حتى على المنع، لأن حلف الأولاد اقتضى عدم انقطاعه فى الواقع و إن انقطع بالعارض حيث لم يحلف آباؤهم، و لأن البطن الثانى كالأول فى تلقى الوقف من الواقف، و لأن منع الثانى يؤدى إلى جواز إفساد البطن الأول الوقف على الثانى و هذا لا سبيل إليه، فالقول بجواز حلفهم قوى، كما هو خيره الشيخ و المصنف و غيرهما».

و فيه أيضا- بعد الإغضاء عما فى الأول من الوجهين- أن يمين الأولاد لا يصلح لإثبات اتصال الوقف، لأنه حينئذ يكون يمينا للغير، و احتمال الاتصال بعد كونه منقطعا فى ظاهر الشرع غير مجد، و إطلاق الإثبات بالشاهد و اليمين لا ينافى الفساد من جهه أخرى، فتأمل. إذ الظاهر عدم خلاف محقق فى أن للبطن الثانى اليمين مع نكول البطن الأول عنه بناء على تلقيهم من الواقف، و يكفى فى صحه الوقف فى حقهم احتمال الاتصال و إن كان هو منقطعا فى ظاهر الشرع بمعنى عدم ثبوته للبطن الأول، و الله العالم.

و لو (فان خ ل) حلف بعض و كانوا ثلاثه مثلا فحلف واحد منهم ثبت نصيب الحالف على تقدير الوقفيه و هو الثلث وقفا و كان الباقى طلقا بالنسبه إلى غير المدعى تقضى منه الديون و تخرج الوصايا، و ما فضل عن ذلك يكون ميراثا للجميع حتى الحالفين، كما هو ظاهر بعض، بل عن بعضهم التصريح به،

لاعتراف غيرهم من الورثه باشتراكه بينهم أجمع و إن كان مدعى الوقف قد ظلم بأخذ حصته منه بيمينه، و لا يحسب عليه ما أخذه من حقه فى الباقى، لأنه معين و هو الدار المفروضه لا مشاع، فيؤاخذون بإقرارهم و يقسم على الحالف و غيره، و على هذا فما يخص الحالف يكون وقفا على الناكل، لأن الحالف معترف لهم بذلك.

و لكن فيه أنهم إنما يعترفون بالاشتراک فى الجميع، و أن ما أخذه الحالف بالوقفيه إنما استحقه بالإرث، و الحالف معترف بأنه لا يستحق إلا ما أخذه، نعم إن زاد نصيب مدعى الوقف إرثا على نصيبه وقفا كان الزائد مجهول المالك، و لعله لذا قيل- كما عن المبسوط التصريح به-:

إن الفاضل يقسم بين المنكرين من الورثه و الذين نكلوا دون الحالف، لأنه مقر بانحصار حقه فيما أخذه و أن الباقى لإخوته مثلا وقفا، بل الظاهر أيضا كون الزائد من نصيبهم إرثا على نصيبهم وقفا مجهول المالك نحو ما سمعته فى الأول.

حصه الناكلين تصير وقفا بإقرارهما كما أن حصه الحالف من حيث الإرث كذلک، و حينئذ فإذا مات الناكلان و الحالف حى فنصيبهما له على ما شرط الواقف بإقرارهم، بل لا حاجه إلى اليمين كما عرفته فيما سبق، فإذا مات الحالف فالاستحقاق للبطن الثانى مع حلفهم كما سمعت.

و إن كان الحالف حيا عند موت الناكلين فأراد أولادهم أن يحلفوا ففى المسالک «على القولين المذكورين فى أولاد الجميع إذا نكلوا، و الأصح أن لهم الحلف- قال-: و أما حكم نصيب الحالف الميت قبلهما ففيه ثلاثه أوجه: أحدها أنه يصرف إلى الناكلين، لأنه قضيه الوقف، إذ لا يمكن جعله للبطن الثانى لبقاء البطن الأول، و لأنه أقرب الناس إلى الواقف، و على هذا ففى حلفهم الخلاف السابق، فان قلنا بالحلف يسقط بالنكول

كالأول. و الثانى أنه يصرف إلى البطن الثانى، لأنه بنكول الناكل سقط حقه و صار كالمعدوم، و إذا عدم البطن الأول كان الاستحقاق للثانى، و هذا هو الذى اختاره الشيخ فى المبسوط. و الثالث و هو أضعفها أنه وقف تعذر مصرفه، لأنه لا يمكن صرفه إلى الباقين من البطن الأول لنكولهم، و لا إلى البطن الثانى، لأن شرط استحقاقه انقراض الأول، فإذا تعذر مصرف الوقف بطل كمنقطع الآخر، و يرجع إلى أقرب الناس إلى الواقف، و يحتمل على هذا صرفه فى وجوه البر، لأن هذا الانقطاع لم يكن واقعا، و إنما طرأ فكان كما لو بطل رسم المصلحه الموقوف عليها، و على هذا فإذا زال التعذر بأن مات الناكل و انتقل إلى البطن الثانى جاء فى حلفه ما مر، و كذا فى حلف أقرب الناس إليه إذا كان هو الناكل».

و فيه أنه لا ريب فى صرف نصيبه من حيث الإرث إلى الناكلين، كما صرف نصيبهم إليه من هذه الحيثيه للإقرار، و أما ما زاد عليه فيرجع إلى شركائه المنكرين للوقف، لانقطاع حكم يمينه بموته، و لم يتحقق استحقاق البطن الثانى باعترافه، نعم لو مات الناكلان انتقل إليهم حينئذ بيمينهم و إلا كان إرثا، و الله العالم.

هذا و قد عرفت أن ما يحصل من الفاضل للمدعين يكون وقفا للإقرار. و كذا عرفت أنه لو انقرض الممتنع كان للبطن التى تأخذ بعده الحلف مع الشاهد، و لا يبطل حقهم بامتناع الأول كما هو واضح.

و إذا أحطت بجميع ما ذكرنا عرفت الكلام فيما ذكره المصنف فى

[المسأله الثالثه إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى]

المسأله الثالثه: من أنه إذا ادعى الوقفيه عليه و على أولاده بعده و حلف مع شاهده ثبتت الدعوى، و لا يلزم الأولاد بعد انقراضه يمين مستأنفه عند المصنف و جماعه لأن الثبوت الأول أغنى عن تجديده و هم يتلقون الوقف منه، بمعنى الاكتفاء بثبوته فى حق الأولين عن إثباته فى حق البطن الثانى.

لكن قد عرفت أن فيه منعا واضحا، ضروره كونه كذلك إذا كان فى مال لا منازع لهم فيه لا فى مثل الفرض، نعم يتجه ذلك فيما يخصهم على تقدير الارثيه لا ما زاد، فإنه يحتاج إلى اليمين.

و كذا الكلام إذا انقرضت البطون و صار إلى الفقراء أو المصالح فإنه بناء على ما ذكرنا يتجه حينئذ انقطاع الوقف، لعدم صحه اليمين من أحدهم، و احتمال سقوطه هنا و إن قلنا به فى غيرهم لعدم حصرهم ضعيف، بل مناف لظاهر الأدله هذا كله فى وقف الترتيب.

أما لو ادعى التشريك بينه و بين أولاده افتقر البطن الثانى إلى اليمين (يمين خ ل) قطعا بل لا خلاف أجده فيه لأن البطن الثانى بعد وجودها تعود كالموجوده وقت الدعوى ضروره تلقى الجميع من الواقف، و لا يثبت حق أحد منهم بيمين غيره.

و حينئذ فلو ادعى إخوه ثلاثه مثلا أن الوقف عليهم و على أولادهم مشتركا فحلفوا مع الشاهد ثبت ذلك بالنسبه إليهم، و لم يتعلق فيه حق وصيه و لا دين و لا حق إرث لغيرهم، فإذا كان كذلك ثم صار لأحدهم ولد مثلا فقد صار الوقف أرباعا (۱۱) بعد

أن کـان أثلاثـا و لکن لاـ تثبت حصه هـذا الولـد مـا لم یحلـف، لأـنه یتلقی الوقف عن الواقف، فهو کمـا لو کـان موجودا وقت الدعوی، و حینئذ یوقف له الربع و نماؤه.

و فی المسالک «فی تسلیمه إلی ولیه أو یوضع فی ید أمین وجهان:

منشأهما مؤاخذتهم بإقرارهم، کما لو کانت العین فی ید ثلاثه فاعترفوا بربعها لصبی، فإنهم یلزمون بإقرارهم، و یدفع إلی ولیه، و من عدم ثبوت الحق له حینئذ لتوقفه علی الیمین، و هذا هو الأصح، و الفرق بینه و بین المثال واضح».

قلت: بـل یتوقف فی أصـل إیقـافه، لما عرفته فی الوجه الأصـح، و حینئـذ یجری علیه حکم ما لم یثبت وقفه، و یحرم الثلاثه منه، لاعترافهم بعدم اسـتحقاقهم فیه شیئا، إلا أنی لم أجد قائلا بذلک، و لعله قوی للاحتیاط فی مثله، و لو لعدم معلومیه أنه للموقوف علیه أو للوارث علی وجه لاـ ینقـح بأصـل أو غیره، ضـروره انکشافه بالیمین أنه للموقوف علیه من أول الولاده، فهو أشـبه شـی ء بالمال المشتری فضولا حال عدم العلم بالإجازه، و الأصل فیه أنه بعد انتزاع الثلاثه إیاه من الوارث بیمینهم لم یعلم کیفیه رجوعه إلی الوارث بالنکول أو صیرورته إلی الموقوف علیه بالیمین التی تنکشف حاله بها حال الولاده، فتأمل جیدا.

و کیف کان فان کمل بالبلوغ و الرشـد و حلف لحصول القطع له بالتسامـح أو غیره أخـذ الربع و غلته المتجـدده بعد ولادته کما فی المسالک و إن امتنع ففی المسالک فی مصرف الربع وجوه:

أحدها ما قال ه الشیخ فی مبسوطه من أنه یرجع ربعه علی الإخوه، لأنهم أثبتوا أصل الوقف علیهم ما لم یحصل المزاحم، و الولد بامتناعه جری مجری المعدوم (۱۱) و لأن الواقف جعل الثلاثه أصلا

فی الاستحقاق ثم أدخل من یتجدد علی سبیل العول، فإذا سقط الداخل فالقسمه بحالها علی الأصول کما کانت، فهو حینئذ مثل ما إذا مات إنسان و خلف ألفا فجاء ثلاثه و ادعی کل واحد ألفا علی المیت و أقام شاهدا، فان حلفوا معه فالألف بینهم، و إن حلف اثنان فهی لهما، و إن حلف واحد فهی له.

و فیه إشکال ینشأ من اعتراف الاخوه بعدم استحقاق الربع فلا یجوز لهم أخذه.

و زاد فی المسالک یمنع الحکم فی الأصل المشبه به، قال: «بل لیس لصاحب الدین الأول إذا لم یحلف الثانی إلا أخذ حصته، إلاـ أن یقضی بالنکول أو یبرؤه الثانی من حقه، لأن الثانی أبطل حقه حینئذ بخلاف النکول بمجرده عند من لم یقض ببطلان الحق به، و لهذا لو لم یحلف مع الشاهد ثم أتم البینه سمعت منه و حکم له بها».

و فیه أنه یکفی فی استقلال الأول بأخذ الجمیع عدم ثبوت حق الثانی و إن کان یلحقه لو أثبت بعد ذلک، نعم المتجه منع الشبه بما نحن فیه کما هو واضح.

و ثانیها صرفه إلی الناکل، لاعتراف الاخوه باستحقاقه، و أجاب عنه فی محکی المبسوط بأن الإقرار ضربان: مطلق و مقترن إلی سبب، فإذا عزی إلی سبب فلم یثبت السبب عاد إلی المقر به، کقولهم مات أبونا و أوصی لزید بثلث ماله فرد ذلک زید، فإنه یعود إلی من اعترف بذلک، و کذلک من اعترف لغیره بدار فی یده فلم یقبلها الغیر عادت إلی المقر، فکذلک هنا.

و فیه ما لا یخفی من أن ثبوت السبب متحقق بالنسبه إلی المقر، و إنما تخلف بالنسبه إلی المقر له، و لازم ذلک انتقال المقر به عمن ثبت السبب فی حقه و إن لم یثبت فی حق الآخر، و دعوی أن من أقر له بدار

فلم يقبلها المقر له تعود إلى المقر بمجرد الإنكار ممنوعه، بل تبقى مجهوله المالك، أو يشرع له الدس فى ماله.

و إن أراد إقرارهم بسبب يتوقف أثره على قبول و لم يحصل فهو مسلم، و لكنه غير ما نحن فيه، ضروره أن الملك فى المقام غير متوقف على قبول، بل هم معترفون له به و إن لم يحلف، بخلاف التمليك بالوصيه المتوقف على القبول، كل ذلك مضافا إلى اقتضائه حينئذ عدم اليمين.

و ثالثها أنه وقف تعذر مصرفه، إذ لا يصرف إلى الإخوه لما ذكرناه، و لا إلى الولد لعدم ثبوته له، فيرجع إلى الواقف أو ورثته كمنقطع الآخر أو إلى وجوه البر كما قررناه فى السابق.

قلت: لا ريب فى أن المتجه عوده إلى المنكرين أولا، لعدم ثبوت ما يقتضى انتقاله عنهم، فهو كما لو حلف أحد الثلاثه و نكل الآخران، إذ قد عرفت ان الولد المتجدد كالموجود وقت الدعوى، و ما فى القواعد- من أنه لا يصرف إلى المدعى عليه أولا، و لا إلى ورثته، لثبوت عدم استحقاقهم أولا- يدفعه أنه إنما يثبت بالنسبه إلى خصوص الحالفين، و المتجدد مدع جديد، و لذا احتاج إلى اليمين مع شاهده، كما أشار إلى ذلك فى الدروس و غيره، و حينئذ لم تتم الدعوى إلى أن يحصل الحلف من الجميع.

و كيف كان ف لو مات أحد الإخوه قبل بلوغ الطفل عزل له الثلث من حين وفاه الميت، لأن الوقف صار أثلاثا و قد كان وقف له الربع إلى حين الوفاه فيضاف إليه نصف سدس و يوقف له فان بلغ و حلف أخذ الجميع، و إن رد فعلى قول الشيخ كان الربع إلى حين الوفاه لورثه الميت و الأخوين، و الثلث من حين الوفاه للأخوين، و فيه أيضا إشكال كالأول و على غيره يرجع إلى الناكل،

أو وقف تعذر مصرفه، أو إلى المدعى عليه أو وارثه، و هو الأصح.

و لو ادعى البطن الأول الوقف على الترتيب و حلفوا مع شاهدهم فقال البطن الثانى بعد وجودهم: إنه وقف تشريك ففى القواعد «كانت الخصومه بينهم و بين البطن الأول، فإن أقاموا شاهدا واحدا حلفوا و تشاركوا، و لهم حينئذ مطالبتهم بحصتهم من النماء من حين وجودهم» و فى كشف اللثام «و إن نكلوا خلص الوقف للأولين ما بقى منهم أحد، و إن تجددوا و ادعوا التشريك قبل حلف الأولين كانوا خصوما لهم و لغيرهم من الورثه، و لكن لا يجدى نكولهم إلا المدعين، فإنهم لما ادعوا الاختصاص فحلفوا مع شاهدهم ثبت لهم ذلك، نعم إن انعكس بأن حلف هؤلاء و نكل الأولون صار نصيب الأولين ميراثا، و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو ادعى عبدا و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبث يحلف مع شاهده و يستنقذه]

المسأله الرابعه:

لو ادعى عبدا فى يد آخر و ذكر أنه كان له و أعتقه فأنكر المتشبث به قال الشيخ: يحلف مع شاهده و يستنقذه لأنه يدعى ملكا متقدما، و حجته تصلح لإثباته و إن ترتب عليه العتق بعد ذلك بإقراره كمسأله الاستيلاد السابقه.

و لكن قال المصنف و تبعه غيره هو بعيد، لأنه لا يدعى مالا بل يدعى حريه العبد، و هى ليست مالا، بل و لا من حقوقه، فلا تثبت بشاهد و يمين، بل لو سلم ثبوت العتق بهما فهو فيما إذا ادعاه العبد لا المولى الذى يدعيه لغيره.

و فيه أنه لا فرق بينهما فى عدم كون الحريه مالا و فى كونها متعلقه بمال، على أن المولى قد يدعيها لإثبات الولاء له عليه بسبب عتقه،

و بذلک یکون حقا من حقوقه، بل هو إن لم یکن أولی من الاستیلاد فهو مساو له.

(و دعوی) الفرق بینهما بأن مدعی الاستیلاد یدعی ملکا ثابتا بالفعل، لأن أم الولد مملوکه للمولی، و هو مما یثبت بهما، و لما کانت أمومه الولد تستلزم ولدا منه کان إثبات الولد و انعتاقه تابعا و لازما لما یثبت بالشاهد و الیمین لا بالاستقلال بخلاف عتق العبد، فإنه لیس له أصل یثبت بذلک یستند إلیه و یتبعه، فلا یثبت مستقلا (یدفعها) أن ذلک لا یقتضی خصوصیه الولد الموجود، فلیس المنشأ حینئذ إلا کونه مالا له بالشرع لولا إقراره، و هو سبب آخر یترتب بعد إثبات مالیته، فتأمل جیدا، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو ادعی علیه القتل و أقام شاهدا فإن کان خطأ أو عمد الخطأ حلف و حکم له]

المسأله الخامسه قد عرفت فیما مضی أن الموافق لضابط الأصحاب فیما لو ادعی علیه القتل و أقام شاهدا فان کان ذلک موجبا لمال کما لو کان خطأ أو عمد الخطأ حلف معه و حکم له، و إن کان عمدا موجبا للقصاص لم یثبت بالیمین مع الواحد لعدم تعلقه بالمال حینئذ و لکن کانت شهاده الشاهد لوثا، و جاز له إثبات دعواه بالقسامه التی یثبت بها القصاص فی سائر أفراد اللوث، خلافا لما عن ابن حمزه، فجعل الشاهد الواحد فی القتل عمدا بمنزله خمس و عشرین یمینا، و مرجعه إلی قبوله فی مثل ذلک، و ربما کان موافقا لما ذکرناه سابقا من کون المستفاد من النصوص أن العنوان حقوق الناس التی تثبت بالأیمان بخلاف حقوق الله و حقوق الناس العامه، مثل رؤیه الهلال، فتذکر و تأمل.

[خاتمه تشتمل على فصلين]

اشاره

خاتمه تشتمل على فصلين:

[الفصل الأول فى كتاب قاض الى قاض]

اشاره

الأول فى كتاب قاض الى قاض اعلم أن إنهاء حكم الحاكم إلى آخر إما بالكتاب أو القول أو الشهاده، أما الكتابه فلا عبره بها عندنا إجماعا كما فى القواعد و محكى الخلاف و السرائر و التحرير و غيرها فى حد و غيره مختوما و غير مختوم لإمكان التشبيه و عدم القصد إلى الحقيقه، و عدم الدليل شرعا على اعتبار دلالتها فضلا عما سمعته من الدليل على عدم اعتبارها.

مضافا إلى خبرى السكونى(۱)و

طلحه بن زيد(۲)عن جعفر عن أبيه عن على (عليهم السلام) «أنه كان لا يجيز كتابه قاض إلى قاض فى حد و لا غيره حتى و ليت بنوا أميه فأجازوا بالبينات»

المشهورين المستفيضين كما عن المختلف.

خلافا للمحكى عن أبى على، فجوزه فى حقوق الناس دون حقوق الله تعالى، و عن الأردبيلى موافقته على ذلك مع العلم بكتابته قاصدا لمعناه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

قال: «و لهـذا جاز العمل بالمكاتبه فى الروايه و أخذ المسأله و العلم و الحديث من الكتاب المصـحح عند الشـيخ المعتمد، و لأنه قـد يحصل منها ظن أقوى من الظن الحاصل من الشاهدين، بل يحصل منها الظن المتآخم للعلم، بل العلم مع الأمن من التزوير، و أنه كتب قاصـدا للمـدلول، و حينئـذ يكون مثل الخبر المحفوف بالقرائن المفيـده للعلم بأن القاضـى الفلانى الـذى حكمه مقبول حكم بكـذا، فـإنه يجب إنفـاذه و إجراؤه من غير توقف؛ و يكون ذلـک مقصود ابن الجنيـد، و يمكن أن لا ينازعه فيه أحـد، بل يكون مقصودهم الصوره التى لم يأمن فيها التزوير أو لم يعلم قصد الكاتب إراده مدلول الرسم».

قلت: التحقيق أن الكتـابه من حيث إنهـا كتـابه لاـ دليـل على حجيتهـا قطعـا مطلقـا فى إقرار و غيره، بل عن ابن إدريس فى نوادر القضاء التصـريح بأنه لا يجوز للمسـتفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجـده بخطه إلى أن قال: «بغير خلاف من محصـل ضابط لأصول الفقه» و بنى على ذلک عدم حجيه المكاتبه، قال: «لأن الراوى للكتابه ما سـمع الامام يقول، و لا شـهد عنده شهود أنه قال» و إن كان فيه ما ستعرف.

نعم إذا قامت القرائن الحاليه و غيرها على إراده الكاتب بكتابته مدلول اللفظ المستفاد من رسمها فالظاهر جواز العمل بها، للسيره المستمره فى الأعصار و الأمصار على ذلک، بل يمكن دعوى الضروره على ذلک، خصوصا مع ملاحظه عمل العلماء فى نسبتهم الخلاـف و الوفـاق و نقلهم الإجماع و غيره فى كتبهم المعمول عليها بين العلماء، و دعوى أن ذلک كله من جهه فتـح باب الظن فى الأحكـام الشـرعيه و موضوعاتهـا واضـحه الفسـاد، ضـروره كون السـيره المزبوره على الأـعم من ذلک، كالوكاله و الإقرار و الوصايا و الأوقاف و تصنيفهم كتب الفتوى للأطراف و عمل الناس بها

و نحو ذلک، و لکن مقتضـی ذلک تکون الکتابه فیما نحن فیه بعد انتفاء احتمال التزویر و عدم القصد و غیرهما من الاحتمالات بمنزله إخباره بالحکم فان قلنا بقبوله قبلت و إلا فلا.

و ربما أشـعر التعلیل الأول فی عباره المصنف و الثانی فی عباره غیره بإراده غیر هذا الفرد من الکتابه، کما أنه یمکن حمل کلام ابن الجنیـد و من وافقه علی مـا ذکرنا، فیعود النزاع لفظیا، و تحمل الروایتان علی العمل بالحکم بالکتابه، بمعنی إیجاد الحکم بها باللفظ. أو علی العمل بها من حیث إنها کتابه، إذ من المعلوم عدم دلالتها علی کونها منه و أنه قصد بها معنی اللفظ المستفاد من رسمها.

و بهذا یفرق بینها و بین اللفظ الذی یحکم بمجرد صدوره علی اللافظ بما یقتضیه لفظه إلا أن یعلم خلافه، بخلاف الکتابه، فإنها من قسم الأفعـال لاـ دلاـله فیهـا کـذلک، لاـ أن المراد منهما الأعم من ذلک حتی ما ذکرناه من الفرد الـذی لا ینبغی التوقف فی اعتبـاره فی کـل مـا لاـ یشترط فیها اللفظ کالصـیغ و نحوها، بل دعوی عـدم جریان حکم الإقرار و الاخبار و الروایه و الشـهاده و الفتوی و نحو ذلک علی المسـتفاد مما ذکرته من فردها أیضا واضحه المنع، و علی تقدیره فالمراد هنا معرفه صدور الحکم منه و لو باخباره، و لا ریب فی حصولها بها. و بذلک یظهر لک النظر فیما أطنب به فی الریاض.

نعم یمکن دعوی عـدم اعتبارهـا هنـا بـالخصوص، للخبرین المشـهورین روایه و فتوی، إلاـ أنک قـد عرفت بقرینه التعلیل و غیره احتمال إراده غیر الفرد المزبور و لعله الأقوی.

و أما القول مشافهه فهو أن یقول للآخر: حکمت بکذا أو أنفذت أو أمضیت أو نحو ذلک بقصد الاخبار به عما وقع له من

الفصل ففى القضاء به لحاكم آخر تردد أقربه القبول كما ستعرف و إن نص الشيخ فى الخلاف ب أنه لا يقبل.

و أما الشهاده فإن شهدت البينه ب إنشاء الحكم و بإشهاده إياهما على حكمه تعين القبول بلا خلاف محقق أجده فيه و إن أشعر به ما عن المختلف، بل عن غايه المراد عليه استقر فتاوى معظم الأصحاب، بل عن الإيضاح أنه اتفق عليه، و لعله لعموم ما دل(۱)على وجوب قبول حكمه الذى هو من حكمهم (عليهم السلام) و لذا كان الراد عليه رادا عليهم، و ما دل على حجيه البينه و لأن ذلك مما تمس الحاجه إليه، إذ احتياج أرباب الحقوق إلى إثباتها فى البلاد المتباعده غالب، و تكليف شهود الأصل التنقل إلى تلك البلاد لو فرض حاكم فيها و أمكن تزكيه الشهود فيها متعذر أو متعسر، فلا بد من وسيله إلى استيفائها مع تباعد الغرماء، و لا وسيله إلا رفع الأحكام إلى الحكام، و أتم ذلك احتياطا فى الإنهاء ما حررناه من حضور الشاهدين إنشاء الحكم و إشهادهما عليه.

لا يقال: يمكن أن يتوصل إلى ذلك بالشهاده على شهود الأصل فلا تمس الحاجه إلى الإنفاذ المزبور الذى هو حكم بغير علم لأنا نقول: (۱۱) أولا شهاده الفرع ليست عامه، و ثانيا قد لا يساعد شهود الفرع على التنقل و (۱۲) أيضا لا يمكن فروع الفروع لأن الشهاده الثالثه لا تسمع (۱۳) فضلا عما فوقها بخلاف الإنفاذ، فإنه يستمر باستمرار الأزمنه.

و ظاهر المسالك تفسير ذلك بأن «فى الشهاده على الشهاده قصورا عن الشهاده على الحكم من حيث إنها مقصوره على المرتبه الثانيه، فلا تسمع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

الشـهاده الثالثه على الشـهاده، و المرتبه الثالثه من الشهاده على الشهاده بمنزله المرتبه الثانيه من الشهاده على الشهاده على الحكم، فتكون مسـموعه، فإذا تعـذر وصول شـهود الأصل فى المرتبه الأولى من الشـهاده على الحكم حصل الغرض من الشـهاده عليهما دون ما لو كانت الشهاده على شهاده الأصل، لأنها تنقص

عنها بمرتبه، فقد لا يحصل الغرض بدون المرتبه الثالثه التى هى ثانيه فى الشهاده على الحكم».

إلا أنه كما ترى فرض نادر، بل هو خلاف ظاهر العباره، خصوصا بملاحظه عباره الفاضل فى القواعد الظاهره فى إراده مؤداها.

و احتمـال كون مراده أنه لو لم يشـرع الإنفـاذ لبطـل إقامه الحجـج بتطاول الأزمان- ضـروره توقف الحكم على شـهود الأصل أو فروعهم، و الفرض أن الشـهاده الثالثه لا تسـمع، بخلاف ما لو قلنا بمشـروعيته، فإنه يبقى حينئـذ على تطاول المدد بتجديد إنفاده عنـد كل حاكم، و لعله إلى ذلك أشار فى القواعد كما عساه يفهم من الأصـبهانى فى شـرحه، حيث إنه بعد أن اسـتدل بالحاجه قال: «و لخوف الاندراس، و الشهاده الثالثه غير مسموعه»- يستلزم التكرار فيما بعده، و هو قوله:

و لأنه لو لم يشـرع إنهاء الأحكام إلى الحكام لينفذوها بطلت الحجج مع تطاول المدد التى يموت فيها الحاكم و شـهود الأصل و فروعهم، و قد عرفت أن الشهاده الثالثه غير مسموعه إلا أن يفرض له تقريران، و الأمر سهل.

و لأن المنع من ذلك يؤدى إلى اسـتمرار الخصومه فى الواقعه الواحده، بأن يرافعه المحكوم عليه إلى آخر، فان لم ينفذ الثانى ما حكم به الأول اتصلت المنازعه و فات الغرض من نصب الحكام.

و لأن الغريمين لو تصادفا أن حاكما حكم عليهما ألزمهما الحاكم

الآخر ما حكم به الأول إجماعا على ما حكاه غير واحد فكذا لو قامت البينه، لأنها تثبت ما لو أقر به الغريم ألزم به.

و لا يخفى عليك أن هذه الأدله الأربعه يظهر من بعضها أنها مساقه بثلاث الاكتفاء بالشهاده فى إثبات حكم الحاكم، و من آخر أنه مساق لإثبات مشروعيه حكم الحاكم الآخر بإنفاذ ما حكم به الأول، إلا أن الأولى الاستناد فى إثبات الأول إلى عموم دليل حجيه البينه و القضاء بها، و فى الثانى إلى عموم حكم الحاكم و أن الراد عليه راد علينا، و أن حكمه حكمهم (عليهم السلام)(۱)و ما ندرى أن

النزاع فى أى المقامين، لأن كلامهم مشوش، ضروره ظهور بعضه فى المفروغيه من مشروعيه إنفاذ الحكم الأول بعد فرض معلوميته و لو بالإقرار من الخصمين فضلا عما لو فرض حضور الحاكم الثانى عند إنشاء الأول له، كظهور آخر فى المفروغيه عن قابليه البينه لإثبات ذلك.

اللهم إلا أن يكون مستند الثانى ما فى ذيل الخبرين(۲)السابقين اللذين لا جابر لهما فى خصوص ذلك، بل قد عرفت عدم معروفيه المخالف و إن أرسله فى المختلف عن جماعه، مع احتماله أو ظهوره فى إراده البينه على كون الكاتب من القاضى فينفذون ما فيه حينئذ، و هو غير المفروض.

نعم يتجه على الأصحاب أن الموافق لعموم حجيه البينه و ما ذكروه من الأدله عدم اعتبار حضورها مجلس الخصومه و سماعها شهاده الشاهدين و إنشاء الحكم من الحاكم و إشهادها على ذلك، إذ ليس هى حينئذ إلا كباقى البينات التى لا ريب فى حجيتها فى الإخبارات و الإنشاءات من دون

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

اعتبار شی ء من ذلک، و یمکن إراده الأصحاب من ذلک الاستظهار و الاحتیاط فی المشهود به لا الشرطیه، کما أومأ إلیه المصنف بقوله:

«و أتم ذلک» إلی آخره.

بل فی کشف اللثام التصریح بعدم اعتبار الاشهاد، و أنه ذکره الفاضل للاحتیاط، کما أن فی غیره التصریح بعدم اعتبار حضور المخاصمه و سماع شهاده الشاهدین، بل لعل ذلک أیضا ظاهر المحکی عن ابن حمزه و غیره ممن أطلق قبول البینه هنا علی الحکم.

و من ذلک یظهر لک النظر فی جمله من الکلمات، خصوصا ما أطنب به فی الریاض من تأصیل أصل هنا مقطوع بالعمومات، و قد بنی علیه کثیرا من مسائل هذا الفصل، فلاحظ و تأمل، و ربما نشیر إلی بعض ذلک فیما یأتی إنشاء الله.

و حاصله «أن قضاء التنفیذ قسم آخر من القضاء غیر أصل القضاء بالواقعه بموازینها المقرره شرعا، و هی البینه و الأیمان، بخلاف الحکم بحکم الأول الذی

هو من القول بغیر علم، بل لعله مناف لرأی الحاکم الآخر، و أقصی ذلک عدم جواز نقضه، لا تنفیذه بمعنی إنشاء حکم منه علی المحکوم علیه أولا- بحکم الأول حتی لو کان حاضر الإنشاء فضلا عن ثبوته بالکتاب أو الاخبار أو البینه إلا أنه خرج ما خرج بالإجماع، و یبقی غیره علی الأصل».

و فیه أنه یمکن استفاده قضاء التنفیذ من أدله أصل القضاء التی

منها «جعلته حاکما و حجه کما أنا حجه»(۱)

و نحو ذلک مما یشمل القضاء التنفیذی أیضا.

و احتمال کون المراد من ذلک عدم نقضه لا إنشاء إلزام بإلزام الأول

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱ و ۹. و هو نقل بالمعنی.

من حیث إلزامه یدفعه ما سمعته من الأدله الداله علی مشروعیته، مضافا إلی إطلاق کونه حاکما و حجه المقتضی لتناول ذلک لو صدر منه، فتأمل جیدا، فإن المسأله غامضه و لم أجد من نقحها کما ذکرنا. بل ستسمع کلام بعض أن الإنفاذ لیس حکما، بل هو إقرار الحکم، و التحقیق ما عرفت.

و حینئذ ینبغی لحاکم التنفیذ عدم الحکم حتی یطلبه منه من له الحکم بناء علی اعتبار مثل ذلک فی أصل الحکم، کما أنه ینبغی ملاحظه تسلسل حکام الإنفاذ و ما لذلک من الأحکام التی ستسمع بعضها فی حاکم الأصل بالنسبه إلی عروض الجنون و الفسق و العزل و نحو ذلک، و الله العالم.

و کیف کان فقد أشار المصنف إلی دلیل الخصم إن کان بقوله:

لا یقال فتوی الأصحاب أنه لا یجوز کتاب قاض إلی قاض و لا العمل به و هو بإطلاقه شامل لمحل النزاع

و روایه طلحه بن زید(۱)و السکونی(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «أن علیا (علیه السلام) کان لا یجیز کتاب قاض إلی قاض فی حد و لا غیره حتی و لیت بنوا أمیه فأجازوا بالبینات»

لأنا نجیب عن الأول بمنع دعوی الإجماع علی خلاف موضع النزاع بل قد عرفت أن الخلاف فی ذلک بیننا غیر محقق، و منه حینئذ یعلم عدم إراده هذا الفرد من الإطلاق المزبور الممکن دعوی انسیاق غیره منه، بل لعله الظاهر منه، و ذلک لأن المنع من العمل بکتاب قاض إلی قاض لیس منعا من العمل بحکم الحاکم مع ثبوته بالبینه علی الوجه المفروض، ضروره کون المراد من العمل بالکتاب من حیث کونه کتابا و نحن نقول بذلک ف انک قد عرفت أنه لا عبره عندنا بالکتاب مختوما کان أو مفتوحا خلافا لبعض العامه.

و ربما یؤید ذلک أنه إلی جواز ما ذکرناه أومأ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

غير واحد منهم الشيخ أبو جعفر (رحمه الله) فى الخلاف مصرحا بالقبول فى الفرض المزبور مع التصريح بعدم جواز العمل بكتابه قاض إلى قاض، و ما ذاك إلا لأنه ليس منه، كما هو واضح.

و نجيب عن الروايه بالطعن فى السند، فإن طلحه بترى و هم فرقه من الزيديه، و عن الفهرست و النجاشى أنه عامى و أما السكونى فهو مشهور الحال و أنه عامى و لا- جابر لهما فى خصوص المفروض، بل الموهن محقق، و شهره مضمونها فى غير المفروض لا يقتضى جبرها فيه.

و مع تسليمها نقول بموجبها، فانا لا نعمل بالكتاب من حيث إنه كتاب أصلا و لو شهد به أنه كتاب القاضى شاهدان فصاعدا، و هو المراد من

قوله (عليه السلام) فى ذيله: «فأجازوا بالبينات»

حتى يوافق صدره الذى منعه على (عليه السلام) لا أن المراد عدم جواز العمل بالبينه على الحكم الموافقه لما فى الكتاب، فإنه لم يحك عن على (عليه السلام) منعه.

و حينئذ كان الكتاب من حيث كونه كتابا ملغى (۱۱) عندنا، و إنما عملنا بشهاده العدلين على حصول إنشاء الحكم و إن كتبه القاضى فى كتابه، بل قد يقال فيما ذكرناه نحن أيضا من العمل بالكتاب على الوجه المزبور: ليس عملا به من حيث كونه كتابا، بل هو فى الحقيقه عمل بالمعلوم من قصده إراده ما دل على رسمها

مما هو معلوم بالسيره القطعيه أن له حكم القول فى ذلك، و أنه بمنزله إخباره الذى ستعرف البحث فيه.

هذا و فى المسالك «أنه أجاب فى المختلف عن ضعف الروايتين بأنهما من المشاهير، فلا يضر هذا الطعن فى الراوى، و هو يرجع إلى

جبر الشهره للضعف، و قد تكلمنا عليه غير مره، و احتج على المنع أيضا بالإجماع على الحكم بالبينه و اليمين، و ليس هذا أحدهما، و جوابه أن هذا ليس حكما، و إنما هو إقرار للحكم على حاله، و هو معنى إنفاذه و على تقدير تسليمه فهو حكم بالبينه أيضا، فلا ينافى الإجماع المدعى، و لو سلم عدم كونه حكما بها منعنا الإجماع المذكور، فان القول بجواز إنفاذ الحكم على هذا الوجه مذهب أكثر علماء الإسلام، و منهم جمله الأصحاب سيما المتأخرين».

قلت: فيما حضرنى من المختلف ذكر ذلك فى مقام الرد على ابن الجنيد القائل بجواز العمل بالكتابه، لا فيما نحن فيه، فيمكن أن يكون قدسها نظره الشريف عن ذلك، فظن فيما نحن فيه، و إلا فهو موافق لجواز الحكم بالبينه على الوجه المزبور، فتدبر.

و على كل حال إذا عرفت هذا ف اعلم أن العمل بذلك مقصور على حقوق الناس دون الحدود و غيرها من حقوق الله تعالى بلا خلاف أجده فيه، بل حكى الإجماع عليه غير واحد، بل قد يشهد له التتبع، و هو حجه لا ما ذكروه من درء الحدود بالشبهات التى لا محل لها بعد قيام البينات.

اللهم إلا أن يقال: إن الشبهه حاصله للحاكم الآخر حتى لو سمع إنشاء حكمه فضلا عن الشهاده به، فلا يشرع قضاء التنفيذ فى الحد، للشبهه التى يسقط بها الحد المبنى على التخفيف، و لكن إن لم يكن إجماع فللنظر فيه مجال، و عليه فالظاهر عدم مشروعيه خصوص قضاء التنفيذ، أما التنفيذ من باب الأمر بالمعروف و وجوب طاعه الحاكم و أنه حجه الله على الناس فالظاهر ثبوته، بل للحاكم الآخر استيفاء الحد بأمر الحاكم الأول كغيره ممن يأمره، كما أن له جميع مراتب الأمر بالمعروف، فمن

حکم علیه حاکم آخر بالحد فله حبسه مع امتناعه لیتمکن الحاکم علیه بالحد منه و نحو ذلک، فتأمل جیدا فإن المسأله غیر محرره.

و علی کل حال ف ما ینتهی إلی الحاکم أمران: أحدهما حکم وقع بین المتخاصمین، و الثانی حکم وقع منه بعد إثبات دعوی مدع علی الغائب، أما الأول فإن حضر شاهدا الإنهاء خصومه الخصمین و سمعا ما حکم به الحاکم و أشهدهما علی حکمه ثم شهدا بالحکم عند الآخر ثبت بشهادتهما حکم ذلک الحاکم و أنفذ ما ثبت عنده کما عرفت التفصیل فی ذلک، و أن التحقیق عدم اشتراط حضورهما مجلس الخصومه و سماعهما شهاده الشهود إن کانوا، بل و لا- إشهاده و یکفی فیهما حضور إنشاء حکومه الحاکم علی وجه علما ذلک منه نحو باقی أفراد الإنشاء، و حینئذ ینفذه الحاکم الآخر بل الحاکم نفسه لو فرض نسیانه لا أنه یحکم بصحه الحکم فی نفس الأمر کما صرح به فی القواعد و غیرها إذ لا علم له به و ربما کان مبناه مخالفا لرأیه.

بل الفائده فیه قطع خصومه المختصمین لو عاودا المنازعه فی تلک الواقعه و إن کان قد یتوهم أن له الحکم بثبوت الحق علی نحو ما یحکم به بالبینه، لأنه أحد الطرق المثبته للحق ما لم یعلم خطأه، بل أدلته بالنسبه إلی ذلک أقوی من أدله البینه، فله الحکم به بعد ثبوته عنده، بل یمکن إراده هذا المعنی من الإنفاذ المزبور، و ذلک لأن الفرض وقوع الفصل فی الخصومه من الحاکم الآخر، فلا- یتصور لها فصل آخر علی نحو الفصل الأول، فلیس حینئذ إلا الحکم بمعنی إنفاذ الحکم الأول علی الوجه المزبور و إلا فالفائده المزبوره موجوده فی الحکم الأول أیضا.

إلا- أن ذلک کله کما تری، ضروره کون الحکم من الحاکم مجرد إلزام للخصم بالحق و فصل بینهما، لا أنه هو دلیل الحق کما أوضحنا ذلک

سابقـا، فالانفـاذ حينئـذ ليس إلاـ إلزام من الحـاكم الثانى بما ألزمه به الحاكم الأول من حيث كونه حكم حاكم يجب طاعته و لا يجوز نقضه، و قد تقدم بعض الكلام فيما له تعلق فى المقام فى المسأله الثالثه بعد ذكر الآداب فلاحظ و تأمل.

هـذا كله مع حضور شاهـدى الإنهـاء إنشـاء الحكم من الأـول ف ان لم يحضـرا الخصومه فحكى لهمـا الواقعه و صوره الحكم و سمى المتحـاكمين بأسـمائهما و آبائهمـا و صـفاتهما و أشـهدهما على الحكم ففيه تردد فضـلا عن أدنى ذلك من الصور من أن إخباره بـذلك بمنزله شاهـد واحـد على صدور إنشاء الحكم، و ليس هو إقرارا، لأنه فى حق الغير، و من إطلاق ما دل على كونه حاكما(۱)و النهى عن الرد عليه(۲)و أنه حجه(۳)فى ذلك إخبارا و إنشاء.

و لكن القبول أولى وفاقا للأكثر، بل لم أجد فيه خلافا سوى ما يحكى عن الشيخ فى الخلاف، بل قيل: إن ظاهره دعوى الإجماع عليه، إلا أنى لم أجـد من وافقه عليه سوى بعض متأخرى المتأخرين، بناء منهم على أن الأصل يقتضـى عدم جواز الإنفاذ فى غير صوره القطع، لأنه قول بغير علم، خرج ما خرج و بقى ما بقى.

و دعوى أولويه الفرض مما قام على إنشائه شاهـدان عدلان ممنوعه، إذ ليس الحاكم إلا عدل واحد. و فيه أن مشاهدتهما لإنشاء حكمه إنمـا هو من حيث قرائن الأـحوال على ذلك، و ليست هى أولى من إخباره به، على أنه شـى ء لا يعلم إلا من قبله، فيكون مصدقا فيه و إن تعلق به حق الغير.

بل لا يبعد استفاده حجيه إخباره به مما دل على حجيه إنشائه، بل هو مقتضى

قوله (عليه السلام): «هو حجتى عليكم»(۴)

و ان

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضى- الحديث ۹.

الراد علیه راد علینا(۱)بل قد یقال: إن کل من جعل حجه فی شی ء کان إخباره به مصدقا فیه تعلق بالغیر أو لا.

و لعله إلی ذلک أشار المصنف بقوله لأن حکمه کما کان ماضیا کان إخباره ماضیا و بذلک ینقطع الأصل المزبور، هذا کله مع فرض إرادته الاخبار بذلک، أما إذا حکی حال الخصومه و قصد الإنشاء فعلا للإشهاد بناء علی صحه ذلک منه فلا ینبغی التوقف فیه، إذ تلک المقدمات یکفی فیها إخباره، لأن احتمال اعتبار التعدد فیها لأنها من مواضع الشهاده یمکن منعه.

و أما الثانی و هو إثبات دعوی المدعی علی غائب ف الکلام فیها کالسابقه إلا أن الفرق بینهما حضور الخصمین فی الأول دون الثانی، و حینئذ إذا أردت تصویره کالأول الذی قد عرفت الحال فی اعتبار ما ذکر شرطا فیه قلت إن حضر الشاهدان الدعوی و إقامه الشهاده و الحکم بما شهد به الشاهدان مثلا و أشهدهما علی نفسه بالحکم و شهدا بذلک عند الآخر قبلهما و أنفذ الحکم علی حسب حاله الذی لا یمنع کون الغائب علی حجته.

و إن أردت تصویر صوره الاخبار قلت و لو لم یحضرا الواقعه و أشهدهما بما صورته أن فلان بن فلان الفلانی ادعی علی فلان بن فلان الفلانی کذا و شهد له بدعواه فلان و فلان و یذکر عدالتهما أو تزکیتهما فحکمت و أمضیت ففی الحکم به تردد علی نحو ما عرفته فی المسأله السابقه مع أن القبول أرجح خصوصا مع إحضار الکتاب المتضمن للدعوی و شهاده الشهود لتأکد أخباره بذلک، و قد عرفت أن الأقوی قبول إخباره بحکمه للمدعی علی فلان الغائب أو الحاضر فی کذا من دون ذکر شی ء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب صفات القاضی- الحدیث ۱.

من ذلك، و كذا الكلام فى الشهاده على إنشاء الحكم من دون هذه الأمور، لعموم الأدله و إطلاقها كما عرفت. نعم ينبغى ضبط أسماء الشهود ليتمكن الخصم من الجرح و نحوه، و كذا غير ذلك مما له مدخليه فى بقاء الخصم على حجته، هذا كله فى الحكم.

أما لو أخبر الحاكم الأول مثلا حاكما آخر بأنه ثبت عنده كذا لم يحكم به الثانى لأن الثبوت ليس حكما كى يندرج فى أدله الإنفاذ و ليس كذلك لو قال: حكمت ف انه يندرج فى أدله الإنفاذ كما عرفت إلا أن فى ثبوت حكم ه باخباره ترددا قد عرفت الكلام فيه و أن القبول أرجح.

هذا و لكن فى المسالك ما يظهر منه أن وجه التردد غير ذلك قال:

«قد ظهر من الأدله المجوزه لقبول إنفاذ الحكم أن موردها الضروره إلى ذلك فى البلاد المتباعده عن الحاكم الأول، فذهب بعض الأصحاب إلى اختصاص الحكم بما إذا كان بين الحاكمين وساطه، و هم الشهود على حكم الأول، فلو كان الحاكمان مجتمعين و أشهد أحدهما الآخر على ذلك لم يصح إنفاذه، لأن هذا ليس من محل الضروره المسوغه للإنفاذ المخالف للأصل».

و فيه أن ذلك ليس قولا لأحد من أصحابنا، و لم نعرف أحدا حكاه غيره، و الضروره المذكوره فى الدليل إنما هى حكمه أصل المشروعيه للإنفاذ، لا أنها علته، على أنها قد تتحقق فيه لقطع الخصومه مع عدم التباعد.

و حينئذ فلا إشكال فى إنفاذه له مع فرض حضوره الإنشاء، ضروره كونه أقوى من إثباته له بالبينه، كما أنه لا إشكال فى إنفاذه له باخباره بناء على ثبوته بذلك، إذ هو أقوى من ثبوت إخباره بالبينه قطعا.

و حينئذ فالتردد فى أصل ثبوت الإنشاء باخباره، و هو الذى قد ذكر

المصنف فی صدر المبحث و حکی عن الشیخ فی الخلاف المنع، و الوجه ثبوته به، سواء شافعه الحاکم الثانی به أو ثبت بالبینه أخباره بذلک، لظهور الأدله فی قبوله مخبرا و منشئا.

و علی کل حال فالفرق بین الثبوت و الحکم واضح، ضروره عدم جواز الحکم من حاکم بالثبوت عند غیره، و لیس هو حکما حتی یجب علیه إنفاذه، کما هو واضح، و الله العالم.

و کیف کان ف صوره الإنهاء بالبینه و إن کان قد عرفت عدم اعتبار جمله من ذلک فیها أن یقص الشاهدان ما شاهداه من الواقعه و ما سمعاه من لفظ الحاکم و یقولا: و أشهدنا علی نفسه أنه حکم بذلک و أمضاه، و لو أحالا علی الکتاب بعد قراءته علیهما فقالا:

أشهدنا الحاکم أنه حکم بذلک جاز لأنها شهاده علی أمر مفصل معلوم بالقراءه علیهما. و بالجمله فالأمر فی هذه الشهاده کغیرها من الشهادات و من هنا کان لا بد فیها من ضبط الشی ء المشهود به بما یرفع الجهاله عنه.

و حینئذ ف لو اشتبه علی الثانی لعدم ضبط الشهود له بما ترفع الجهاله عنه أوقف الحکم حتی یوضحه المدعی بطریق شرعی کشهاده غیر الأولین علی تفصیله أو تذکرهما أو نحو ذلک، کما هو واضح.

و لو تغیر حال الحاکم الأول (۱۱) بعد حکمه بموت أو عزل لم یقدح ذلک فی العمل بحکمه (۱۲) بلا خلاف أجده فیه للأصل و (۱۳) إطلاق الأدله ف ان تغیر بفسق لم یعمل بحکمه (۱۴) کما فی القواعد و الإرشاد و الدروس و المسالک و غیرها، بل فی الأخیر «فرقوا بینه و بین الموت بأن ظهور الفسق یشعر بالخبث و قیام الفسق یوم الحکم»

و ظاهره النسبه إليهم، إلا أنه لا يخفى عليک ضعف الفرق المزبور، و لذا نظر فيه في المسالک بعد حكايته، ثم حكى عن بعض العامه جواز إنفاذه كالموت، قال: «و أما الإنفاذ السابق على ظهور الفسق فيقر عليه كأصل الحكم».

و إليه أشار المصنف بقوله و يقر ما سبق إنفاذه على زمان فسقه و كذا الفاضل في القواعد و الإرشاد، و يرجع حاصله- بناء على أن المراد العمل بأصل الحكم لا خصوص إنفاذه، كما عساه يظهر من المتن بل و المسالک و غيرها- إلى أن الحكم قبل الفسق إن أنفذه حاكم آخر قبل الفسق عمل به و إلا فلا، إلا أنه لا نعرف له دليلا يقطع العذر، و إن كان قد يقال: إنه مع حكم الآخر بإنفاذه يكون العمل في الحقيقه بحكم الثاني، فلا يقدح فسق الأول بخلاف الفسق قبل الإنفاذ، كما أنه قد يقال: إن مراد الأصحاب اشتراط حكم الثاني بإنفاذه ببقاء الأول على وصف العداله لا بطلان حكم الأول بتجدد الفسق على وجه تعود الدعوى كما كانت قبل الحكم، ضروره منافاه ذلک لجميع الأدله، بخلاف ما ذكرناه، فإنه قد يكون وجهه أصاله عدم نفوذ الحكم بالإنفاذ، بل هو حينئذ كفسق الشاهد بعد الشهاده قبل الحكم، و حينئذ يكون الفسق مانعا من الحكم بإنفاذه بخلاف الموت المقتضي لخروج الموضوع عن قابليته، فلا إسناد للحكم إليه، أما الفسق فهو حكم فاسق فعلا.

و على كل حال فالمراد الحكم بإنفاذه و عدمه، لا أصل العمل بحكمه في خصوص ما حكم به، و إلا لاقتضى ذلک بطلان ما وقع من العمل بفتاواه الذي هو أولى بذلک من الحكم، و هو معلوم البطلان.

و لكن الإنصاف أنه خلاف ظاهر العبارات، بل لا وجه له أيضا، ضروره التلازم بين صحته في نفسه و بين إنفاذه، فلا معنى لكونه

صحیحا یجب إنفاذه بمقتضی الأمر بالمعروف و لکن لا یجوز الحکم بإنفاذه، فلا محیص عن القول بکون المراد بطلان العمل به علی معنی عود الدعوی کما کانت قبله، کما لا بعد فی التزام ذلک فی الفتوی أیضا، علی معنی عدم جواز العمل بها فی الزمان المتأخر عن الفسق، أما ما مضی فلا ینقض العمل الواقع بها.

بل لعل الأمر فی الحکم کذلک أیضا، علی معنی أنه إن عمل به بعد صدوره و أخذ الحق ممن علیه و دفع لمستحقه و تمت آثاره لم ینقض لوقوع الفسق بعده، و هو المراد من إقرار ما سبق إنفاذه علی زمان فسقه بل لا موضوع لعدم العمل به، بخلاف ما إذا لم یعمل به بعد، بأن صدر من الحاکم ثم لم ینفذ بعد بالمعنی الذی سمعت ففسق، فإنه لا یجوز إنفاذه فیه و لا فی غیره، من غیر فرق بین القضاء بالنفوذ و بین ترتب الآثار علیه.

و یمکن استفاده بعض ما ذکرناه من

خبر الحسین بن روح المروی عن کتاب الغیبه للشیخ عن أبی محمد الحسن بن علی (علیهما السلام)(۱)«أنه سئل عن کتب بنی فضال، فقال: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا»

بناء علی إراده الفتوی من الرأی فیه لا الوقف.

بل منه یستفاد أن الفتوی المعمول بها یبطل العمل بها من حین الفسق و ما تأخر عنه فی الزمان المستقبل فیما تجدد من أفرادها من الصلاه و نحوها، دون ما تقدمها من ذلک المبنی علی أصل الصحه و البراءه و غیرهما من قاعده الاجزاء و نحوها، بل لیس هو مصداقا لقوله (علیه السلام): «ذروا».

و لو فسق قاضی التنفیذ قبل العمل لم یعمل علی حکمه، و بقی الحکم الأول کما إذا لم یحکم بإنفاذه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب صفات القاضی الحدیث ۷۹.

و بذلك كله ظهر لك المراد من عدم العمل بالحكم بعد الفسق قبل النفوذ، و من إقراره مع سبق نفوذه على الفسق، بل ظهر لك ذلك في الفتوى.

بل قد يشكل أصل العمل بالحكم من الحاكم الذي حكم حاكم آخر بإنفاذه مع الفسق من الأول بعد الإنفاذ بأن مقتضاه بطلان الحكم الأول بالفسق المتأخر عنه، و تبعيه بطلان التنفيذ الذي هو تابع لصحه الأول.

اللهم إلا أن يقال بعدم تأثير الفسق في الأول مع سبق الحكم بالإنفاذ، ضروره اقتضاء الفسق البطلان من حينه لا من الأصل، و لا وجه له بعد الحكم بصحته من الحاكم الذي لم يصدر ما يقتضي بطلان حكمه، فيبقى على أصل الصحه المقتضي للعمل بالحكم الأول، هذا كله في الفسق.

أما غيره من العوارض كالجنون و الموت و نحوهما فالأصل يقتضي بقاء حكمه على الصحه المقتضي لتنفيذه بالمعنيين، بل قد يستفاد من ذلك حكم فتواه أيضا الذي قلد ببعض أفرادها، ضروره تضمن الحكم للفتوى المفروض عدم انتقاضها أيضا بذلك و لو للأصل المزبور الذي لم يدل دليل على اشتراط أضدادها حين العمل بما يتجدد من أفراد الفتوى السابقه التي فرض التقليد فيها، نعم الظاهر الإجماع على عدم جواز العمل ابتداء بفتاوى الأموات، أما غير ذلك فلم يثبت.

بل يتجه حينئذ جواز العمل بفتوى من عرض له الجنون مثلا ابتداء مع عدم الإجماع فضلا عن الاستدامه، ضروره كون المستفاد من الأدله اعتبار هذه الشرائط في حصول الفتوى، بمعنى صدورها حال كونه عاقلا- مثلا- لا- أنه يعتبر حال العمل بها كونه كذلك، بل لعل ملكه الاجتهاد كذلك أيضا على إشكال، و لكن الاحتياط طريق النجاه.

و بذلك يظهر لك النظر في كلام الكركي في كتاب الأمر بالمعروف

بل و غيره من الأصحاب، فلاحظ و تأمل، فإن المسأله غير محرره.

و الأصل فيه أن مقتضى الإطلاق عدم شرطيه غير ما علم اشتراطه بعد عدم إطلاق فى دليل الشرطيه يقتضى أزيد من ذلك، ضروره كون المسلم العلم بمدخليه العقل و نحوه فى الجمله، فمن اللازم الاقتصار على المتيقن و بقاء غيره على مقتضى الإطلاق، و الله العالم.

و كيف كان ف لا- أثر لتغير حال المكتوب إليه فى الكتاب بموت أو عزل أو فسق أو غيره بل كل من قامت عنده البينه من الحكام بأن الأول حكم به و أشهدهم على ذلك عمل بها لعموم دليل حجيتها المقتضى حينئذ كون حكمه بذلك كالمعلوم، فيجب الحكم بإنفاذه إذ اللازم لكل حاكم إنفاذ ما حكم به غيره من الحكام لأن حكمه حكمهم (عليهم السلام) سواء كتب إليه أم لا، نعم ليس لمن اتفق عزله عن نصب الحكومه الحكم بالإنفاذ سواء كان خليفه الأول أو غيره.

و تصح الكتابه عندنا لواحد بخصوصه فى الإنفاذ و لمطلق الحكام و إن كان لا يختص الحكم به فى المكتوب إليه خلافا لبعض العامه، فلم يجوز الكتابه إلى غير المعين، و هو واضح الضعف، كوضوحه فى كثير مما ذكروه فى كتبهم من هذه المسائل و غيرها مما هو غير منطبق على أصولنا، لأن مبناه على قياس أو استحسان.

[مسائل ثلاث]

اشاره

مسائل ثلاث:

[المسأله الأولى إذا أقر المحكوم عليه أنه هو المشهود عليه ألزمه الحاكم بأداء ما عليه]

الأولى:

إذا أقر المدعى عليه بأنه المحكوم عليه و أنه هو المشهود عليه ألزم ه الحاكم بأداء ما عليه بلا خلاف و لا إشكال.

و لو أنكر و لم تكن شهاده الشهود على عينه بل كانت الشهاده بوصف يحتمل الاتفاق فيه مع غيره غالبا ف لا ريب فى أن القول قوله مع يمينه ما لم يقم المـدعى بينه بل عن بعضـهم بطلان أصل الحكم على عنوان مشترك بين متعـددين كمحمد بن أحمد و نحوه، لأن المحكوم عليه منهم لم يتعين بإشاره و لا وصف، حتى لو حضـر رجل و اعترف بأنه محمـد بن احمـد المعنى بالكتاب لـم يلزم ذلـك، لبطلاـن الحكـم فى نفسـه، إلاـ أن يقر بـالحق فيؤاخـذ به، بخلاـف مـا لـو استقصـى الوصـف و لم يقصـر و ظهر الاـشتراك و اتفق اشـتباهه، و لعله لاـ يخلو من وجه، لقصور أدله الحكم على الغـائب عن مثل الفرض و إن كان ظاهر المصـنف الإلزام، بل هو صريح المسالك، و الدروس.

قال فى الأخير: «لو اقتصـر القاضـى على صـفه مشتركه غالبا كأحمد بن محمد و أقر واحد أنه المعنى بالحكم ألزم، و قيل لا، لأنه قضاء مبهم، فيبطل من أصله، و هو بعيد».

و فى القواعد «و لو قصر القاضى فكتب اسم المقر أو المشهود عليه و اسم أبيه خاصه فأقر رجل أنه يسمى باسمه و أن أباه يسمى بـاسم أبيه و أنه المعنى بالكتـاب و لكن أنكر الحق فـالوجه أنه يلزم بـالحق على إشـكال ينشأ من أن القضاء المبهم فى نفسه غير ملزم» و هو صريح فيما قلناه و إن

توقف فى الفرض من حيث احتمال كون الإبهام فى الكتابه لا فى عنوان الحكم.

و فى التحرير «و لو قصر القاضى فكتب انى حكمت على جعفر بن محمد فالحكم باطل حتى لو أقر رجل بأنه جعفر بن محمد و أنه المقصود بالكتاب و لكن أنكر الحق لم يلزمه شى ء بالقضاء المبهم» بل أرسل فى غايه المراد بطلان الحكم إرسال المسلمات و إن كان الانصاف عدم خلوه من البحث إن لم يكن إجماعا.

و كيف كان فان نكل حلف المدعى و توجه عليه الحكم، و إن قال:

لا أحلف أنه ليس اسمى و لا نسبى و لكن أحلف على أنه لا يلزمنى شى ء ففى إجابته وجهان، أصحهما فى المسالك و غيرها عدمه، لقيام البينه على المسمى بهذا الاسم، و ذلك يوجه الحق عليه.

و فيه أن قيامها عليه بعد فرض الاشتراك لا يوجه الحق عليه، فالأولى تعليله بأن المدعى عليه كونه المحكوم عليه بكذا، فلا يكفى الحلف على ذلك، اللهم إلا أن يصرح بإراده الإلزام و لو من الحاكم، و حينئذ فيتجه انطباق اليمين على المدعى، و بذلك يفرق بين المقام و ما تقدم سابقا من الاكتفاء باليمين على براءه الذمه فى جواب دعوى القرض مثلا، هذا كله مع اشتراك الوصف.

و أما إن كان الوصف مما يتعذر اتفاقه إلا نادرا لم يلتفت إلى إنكاره الحكم عليه بعد اعترافه بأنه المسمى بذلك الاسم و بالوصف أو قيام البينه عليه بذلك بلا خلاف أجده بين من تعرض لأنه خلاف الظاهر و هو كذلك مع فرض كون الاحتمال لا يقدح فى الاطمئنان الذى هو علم فى العاده، أما غيره فمشكل، لأن أقصاه الظن، و لا دليل على اعتباره هنا بحيث يقطع قاعده المدعى و المنكر.

و لو ادعى أن فى البلد مساويا له فى الاسم و النسبه كلف إبانته

فإن كان المساوى حيا سئل، فإن اعترف أنه الغريم ألزم و أطلق الأول، و إن أنكر وقف الحكم حتى يتبين كذا ذكره غير واحد، لكن قد يشكل الأول بعد فرض كون المدعى خص الأول فى الدعوى، فان اعتراف الثانى لا يقتضى سقوط دعواه، بل لا يجوز له الدعوى على الثانى و أخذ الحق منه، و لكن مع فرض الاشتراك يتوجه له اليمين عليه على قاعده المدعى و المنكر.

و منه يعلم الإشكال فى الثانى الذى ذكر فيه وقوف الحكم، نعم مع فرض عدم دعوى من المدعى على خصوص الأول و إنما دعواه على حسب عنوان المكتوب المفروض اشتراكه قد يتم ذلك على إشكال فى وقوف الدعوى، لاحتمال توجه اليمين له على كل منهما بناء على صحه الدعوى بمثل ذلك من الوارث و نحوه، و لا يكون فيها يمين رد، هذا كله مع كونه حيا.

و أما إن كان المساوى ميتا و هناك دلاله تشهد بالبراءه إما لأن الغريم لم يعاصره أو لأن تأريخ الحق متأخر عن موته أو غير ذلك ألزم الأول و إن لم يكن دلاله تشهد على ذلك، بل احتمل كون الحق عليه وقف الحكم حتى يتبين و فيه البحث السابق.

[المسأله الثانيه للمشهود عليه أن يمتنع من التسليم]

المسأله الثانيه قد تقدم البحث فى أن للمشهود عليه فى عين أو دين أن يمتنع من التسليم للمالك أو وكيله حتى يشهد القابض له على ذلك، لقاعده لا ضرر و لا ضرار، و فى ضمانه للعين حينئذ فى زمان الامتناع وجهان.

و لو لم یکن بالحق شاهد قیل: لا یلزم بالإشهاد لتمکنه حینئذ من إنکار الأصل لو نازعه و لو قیل: یلزم کان حسنا حسما لماده المنازعه أو کراهه لتوجه الیمین و قد تقدم الکلام فی ذلک مفصلا فی باب الوکاله، فلاحظ و تأمل.

[المسأله الثالثه لا یجب علی المدعی دفع الحجه مع الوفاء]

المسأله الثالثه:

لا یجب علی المدعی دفع الحجه مع الوفاء لأنها ملکه و الناس مسلطون علی أموالهم و لأنها حجه له لو خرج المقبوض مستحقا مثلا.

و کذا القول فی البائع مثلا- إذا التمس المشتری کتاب الأصل لأنه ملکه و لأنه حجه له علی البائع الأول لو خرج المبیع مستحقا مثلا و الله العالم.

[الفصل الثانی فی لواحق من أحکام القسمه]

اشاره

الفصل الثانی فی لواحق من أحکام القسمه التی لا ریب فی شرعیتها کتابا بقوله تعالی(۱)«وَ إِذا حَضَرَ الْقِسْمَهَ» و «نَبِّئْهُمْ أَنَّ الْماءَ قِسْمَهٌ بَیْنَهُمْ»(۲)و سنه، فقد

روی(۳)«أن

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۸.

۲- ۲ سوره القمر: ۵۴- الآیه ۲۸.

۳- ۳ روی ذلک الشیخ فی المبسوط ج ۸ ص ۱۳۳.

عبد الله بن یحیی کان قساما لأمیر المؤمنین (علیه السلام)

و

قد قسم رسول الله (صلی الله علیه و آله) خیبر علی ثمانیه عشر سهما(۱)»

و قال (صلی الله علیه و آله): «الشفعه فیما لم یقسم، فإذا وقعت الحدود و عرفت الطرق فلا شفعه»(۲)

و غیر ذلک من النصوص، و إجماعا بقسمیه، بل ضروره و قد تقدم الکلام فی حقیقتها، و أنها لیست بیعا عندنا و إن اشتملت علی رد، بل و فی جمله من أحکامها فی کتاب الشرکه(۳).

و حینئذ ف النظر هنا فی القاسم و المقسوم و الکیفیه و اللواحق:

[النظر الأول فیستحب للإمام علیه السلام أن ینصب قاسما]

أما الأول ف لا ریب فی أنه یستحب للإمام (علیه السلام) أن ینصب قاسما لأنها حینئذ من المصالح العامه التی ینبغی للإمام القیام بها، بل فی القواعد علیه الإجماع، إلا أن الظاهر إرادته الاستحباب المذکور کما عبر به فی تحریره و إرشاده أو فی بعض الوجوه المتوقف قطع النزاع علیه، و قد کان لعلی (علیه السلام) قاسم اسمه عبد الله ابن یحیی(۴)و الظاهر کما قیل الحضرمی الذی هو من شرطه الخمیس المبشر من أمیر المؤمنین (علیه السلام) بالجنه(۵).

۱- ۱ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۱۳۲.
۲- ۲ سنن البیهقی- ج ۶ ص ۱۰۲.
۳- ۳ راجع ج ۲۶ ص ۳۰۹.
۴- ۴ روی ذلک الشیخ فی المبسوط ج ۸ ص ۱۳۳.
۵- ۵ رجال البرقی ص ۳ ط إیران عام ۱۳۴۲ ه ش.

و كيف كـان فلا خلاف فى أنه يشترط فيه البلوغ و كما العقل لعـدم قابليه الفاقـد لهما بعـد كونه كالبهائم لـذلك، بل و الايمان بالمعنى الأخص فضلا عنه بالمعنى الأعم بل و العداله لعدم قابليه فاقدها فضلا عن فاقده لنصب الامام له و جعله أمينا له فى قسمه الإجبـار و غيرهـا على وجه تمضـى قسـمته كمـا تمضـى حكومه الحـاكم، بـل هى قسم من الحكومه. و من هنـا اشترط أيضـا فيه المعرفه بالحساب و نحوه مما تحتاج إليه القسمه غالبا على نحو اشتراط ما يحتاج إليه القاضى فى القضاء.

نعم قد يتوقف فى أصل استفاده كون ذلك من المناصب مما وصل إلينا من الأدله، إذ ليس إلا ما سمعته من أنه كان لعلى (عليه السلام) قاسم(۱)و هو أعم من ذلك، لاحتمال إعـداده لإيقاع هذا الفعل لو احتيج إليه، لا لأنه منصب و ولايه كمنصب القضاء و الامـاره، بـل لعله كالكتـابه و الوزن و نحوهمـا، اللهم إلاـ أن يكون إجمـاع كمـا هو ظاهر إرسالهم له إرسال المسـلمات، فيكون حينئذ هو الحجه فيه و فى اشتراط الشرائط المزبوره.

و كيف كـان ف لا يشترط فيه الحريه عنـدنا، بل يجوز أن يكون عبـدا إذا اسـتجمع الشـرائط و أذن المولى، خلافا لبعض العامه، كما لا يشترط فى صـحه القسمه حضوره بلا خلاف و لا إشكال، ف لو تراضى الخصمان (۱۱) مثلا بقاسم (۱۲) غير قاسم الامام جاز قطعا.

بـل لم يشترط (۱۳) فيه العـداله (۱۴) لأـنه وكيـل عنهما، بل و لا الإسـلام، كما أشار إليه المصـنف بقوله و فى التراضـى بقسـمه الكافر

۱- ۱ راجع التعليقه ۴ ص ۳۲۶.

نظر من جهه كونه نوع ركون أو سبيل أو ولايه، و لكن أقربه الجواز كما فى غيره من أفراد التوكيل الذى لا إشكال فى صحته من المسلم فى مثل ذلك.

و حينئذ فيختص باعتبار التكليف خاصه من بين الشرائط المزبوره كما صرح به غير واحد، و هو كذلك إذا أريد توكيله منهما على تولى القسمه بينهما، أما إذا رضيا بتعديله و إقراعه من دون توكيل له فقد يشكل اعتبار البلوغ فيه أيضا، لصدق القسمه بينهما برضاهما بالقرعه التى هى فى الحقيقه المميزه لحق كل منهما عن الآخر و التعديل و نحوه من المعدات التى لا تفاوت فيها بين وقوعها من مكلف و غيره، و يمكن أن لا يريد الأصحاب هذا الفرد، فلا ينافيه إطلاقهم اشتراط التكليف.

أو يقال: إنه شرط فيها مطلقا، لأنها من المعاملات التى يشترط فيها ذلك، و لذا يتبعها حكم الصحه و الفساد و غيرهما من أحكام المعامله فالقسمه حينئذ من حيث إنها قسمه يعتبر فى مباشرها البلوغ، و الرضا من الشركاء فى مباشره غير البالغ مثلا لا يجدى كالرضا ببيعه مثلا، إذ هى بناء على ما سمعت قسم من أقسام الإنشاء الذى رتب الشارع عليه أحكاما، فتأمل.

و على كل حال فلا ريب فى عدم اشتراط القاسم فى صحه القسمه بل لو تراضيا بأنفسهما من غير قاسم جاز بلا خلاف و لا إشكال لإطلاق الأدله و عمومها.

و كيف كان ف المنصوب من قبل الامام (عليه السلام) أو نائب الغيبه بناء على أن له ذلك أيضا كالإمام (عليه السلام) تمضى قسمته بنفس القرعه، و لا يشترط رضاهما بعده بلا خلاف و لا إشكال، كما لا يعتبر رضاهما بعد حكمه و فى غيره

و لو أنفسهما أو من نصباه و كان بصفات قاسم الامام يقف اللزوم على الرضا بعد القرعه فى محكى المبسوط و التحرير و غايه المرام و الرياض اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن بعد أن لم يكن إطلاق يقتضى ترتب الأثر، و فى خصوص المشتمله على الرد منها فى محكى الإيضاح و الدروس، لأنها حينئذ معاوضه، فلا بد فيها من التراضى قبلها و معها و بعدها، بل ظاهر التنقيح و محكى الإيضاح خروج هذا الفرد من النزاع، حيث إنهما بعد أن ذكرا الخلاف السابق و الوجه فيه قالا: «هذا كله فيما لا يشتمل على الرد، أما المشتمل عليه فلا بد فيه من الرضا قبل و بعد، و صوره الرضا أن يقول: رضيت بالقسمه».

و كيف كان ف فى هذا أى أصل اعتبار الرضا فى لزومها بعد القرعه إشكال كما فى القواعد و غيرها من حيث إن القرعه وسيله إلى تعيين الحق و الفرض أنه قد قارنها الرضا فلا يعتبر بعدها، لأن التعيين على هذا الوجه أوجب تميز أحد الحقين عن الآخر، فيتعين بالرضا المقارن، بل فى اللمعه و الروضه و المسالك و ظاهر القواعد حصول التعيين بتراضيهما على القسمه و تخصيص كل واحد من الشركاء بحقه و إن لم تحصل القرعه، بل فى الكفايه نسبته إلى ظاهر الأكثر و صريح بعض و إن كنا لم نتحققه، لصدق القسمه و تسلط الناس على أموالها، و غير ذلك مما يستفاد من الأدله من الاكتفاء فى نحو ذلك بطيب النفس، و خلو كثير من النصوص(۱)التى ذكرناها فى كتاب الشركه عن القرعه، كخلو موضوع نصوص القرعه(۲)عن الشركه.

و من هنا أطنب فى الحدائق فى الإنكار على الأصحاب بذكر القرعه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الشركه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب كيفيه الحكم.

حتی أنه أساء الأدب، و نسبهم فی ذلک إلی متابعه العامه.

و جزم هنا فی المسالک بالصحه فی الفرض، و قال: «کما تصح المعاطاه فی البیع، إلا أن المعاطاه فیه یتوقف لزومها علی التصرف من حیث إن ملک کل واحد من العوضین للآخر فیستصحب ملکه إلی أن یتصرف أحدهما بإذن الآخر فیکون رضا منه بکون ما فی یده عوضا عن الآخر، أما القسمه فإنها مجرد تمییز أحد النصیبین عن الآخر، و ما یصل إلی کل منهما هو عین ملکه لا عوضا عن ملک الآخر، فیکفی تراضیهما علیها مطلقا».

و فیه- بعد الإغضاء عما فی القیاس علی المعاطاه فی البیع الظاهر الفرق بینهما- أن ذلک یقتضی الاحتیاج إلی القرعه التی هی لإخراج مثل ذلک، لا الاستغناء عنها و الاکتفاء بمجرد التراضی الذی هو مقتضی المعاوضه لا التمییز و التعیین، و حینئذ فالمتجه اعتبارها فی المال المشترک المتحد سبب الشرکه فیه، إذ

لیس فی الأدله ما یقتضی تحقق القسمه بدونها، فأصاله بقاء الشرکه حینئذ بحالها بعد عدم دلیل علی الاکتفاء بالرضا معینا إلا القیاس علی کلی الدین و نحوه مما استفید الاکتفاء بالقبض مثلا من أدله الوفاء و الأمر بالإعطاء و نحو ذلک.

و نصوص القسمه- بعد احتمال اعتبار القرعه فی مفهومها باعتبار أنها تمیز الحق عن الآخر و لا ممیز له فی الشرع غیر القرعه التی هی لکل أمر مشکل و مشتبه- لا إطلاق فیها، خصوصا بعد معروفیه الإقراع فی قسمه المشترکات بین العوام و الخواص، و ظاهر الأساطین من الأصحاب المفروغیه من اعتبارها فیها.

بل قد یتوقف فی قیام الصلح مقامها، باعتبار عدم معلومیه العوض و المعوض عنه لأحدهما و إن کان یقوی فی النظر جوازه، لعموم أدلته حتی

لو قلنا باستحقاق الشریک حصه معینه فی علم الله تعالی، و هی التی تخرج بالقرعه لو أقرع، فإنه حینئذ إن صادف المغایره أثر أثره و إلاـ کان لغوا، و الثمره حاصله، بل لاـ یبعد الاکتفاء بالتراضی علی جهه معاطاته، بل ینبغی الجزم بمشروعیه الصلح و بمعاطاته، بل و غیرهما کالبیع و نحوه فی المشترکات المتعدده المختلفه جهه الشرکه فیها، فیصالحه حینئذ عما یستحقه فی هذا بما یستحقه فی الآخر.

و لکن لا یخفی علیک أن ذلک کله لیس قسمه، بل هو حینئذ صلح تلحقه أحکامه، و المراد هنا تحقق القسمه التی هی أصل برأسها بمجرد التراضی و لیس فی الأدله ما یقتضیه.

نعم الظاهر عدم اعتبار الرضا بعد القرعه مع فرض سبق الرضا بالقسمه بها، ضروره ظهور أدلتها فی اقتضائها التعیین و التمییز، فمع حصوله بها لاـ دلیل علی عوده، بل إن کان مراد من قال باعتبار الرضا بعدها فی اللزوم حصول الملک بها و لکنه جائز حتی یرضی بعدها کان محجوجا حینئذ باستصحابه بعد عدم الدلیل علی فسخه.

و بذلک ظهر لک ما أطنب فیه فی الریاض الذی محصله أصاله بقاء الشرکه المقطوع بظاهر أدله القرعه و صدق القسمه و باستصحاب الملک و غیر ذلک، و قد ذکرنا جمله من الکلام فی کتاب الشرکه و خصوصا فیما سمعته من المحدث البحرانی، فلاحظ و تأمل، و الله العالم و الهادی.

کما أنه ظهر لک أیضا عدم الفرق حینئذ فیما ذکرنا بین منصوب الامام (علیه السلام) و غیره، ضروره کونه فی غیر قسمه الإجبار کمنصوبهما، فمع فرض اعتبار الرضا بعد القرعه فی صحه القسمه لم یتفاوت ذلک بین الامام (علیه السلام) و بین غیره، إذ هو منصوب للقسمه الشرعیه، بل یتجه فی قسمه الإجبار اعتبار رضاه بعدها أیضا عوضا عنهما،

لأن القسمه مفهوم واحد لا تختلف حقيقتها باختلاف القاسم، كما هو واضح.

و حينئذ فاتفاقهم على عدم اعتباره بعدها فيه دليل على تحققها و صحتها بدونه في غيره أيضا، إذ ليس قسمته بين الشريكين برضاهما حكما منه، بل هو كأحد أفراد القسمه.

و كذا ظهر لك أيضا عدم الفرق بين قسمه الرد و غيره، ضروره أنها قسم من القسمه المفروض إفرازها بالقرعه و إن استتبعت وجوب الرد على من خرج له النصيب الأوفر بها فهو استحقاق آخر يتبع القسمه المزبوره، و ليس هو معاوضه مستقله خارجه عن القسمه كي يعتبر فيها التراضي، بل أقصاها تعاوض شرعي من توابع القرعه التي قد عرفت أنها مميزه في قسمه الرد و غيرها.

و كيف كان ف يجزئ القاسم الواحد إذا لم يكن في القسمه رد في مذهب الأصحاب كما في المسالك، بل لم يحك هو الخلاف في ذلك إلا عن بعض العامه، فاعتبر التعدد فيها جاعلا لها من قسم الشهاده و هو كما ترى، بل مناف لما سمعته من نصب علي (عليه السلام) قاسما واحدا(۱).

نعم لا بد من اثنين فصاعدا في قسمه الرد، لأنها تتضمن تقويما، فلا ينفرد الواحد به لأنه من مقام الشهاده و إن كان يسقط اعتبار الثاني مع رضا الشريك لأن الحق لهما، و هما مسلطان عليه. و من هنا قال في المسالك: «لا إشكال في اعتبار العدد منها حيث لا يتراضى الشريكان بالواحد، لأن العدد شرط في التقويم مطلقا».

و لكن قد ينافيه (أولا) ما سمعته من نصب علي (عليه السلام) قاسما واحدا(۲)و إلا كان المتجه نصب الاثنين احتياطا، لاحتمال حصول

۱- ۱ راجع التعليقه ۴ ص ۳۲۶.

۲- ۲ راجع التعليقه ۴ ص ۳۲۶.

الرد فی القسمه. و (ثانیا) أن التقویم غیر منحصر فی قسمه الرد، فان کثیرا من الأموال المشترکه المختلفه کالحیوانات و نحوها لا تقسم إلا بالتقویم و إن لم یکن فیها رد، و احتمال إراده ذلک کله من قسمه الرد علی معنی أنه قد یکون فیها رد مناف لما هو المصطلح عندهم من أن قسمه الرد المشتمله علی دفع مال آخر من أحد الجانبین، و لذا أطلقوا عدم الجبر فیها بخلاف باقی ما یقسم بالتقویم الذی لا رد فیه، فإنه یجبر علیه. و (ثالثا) أن التقویم لا مدخلیه له فی القسمه التی هی إفراز الحق، و إنما هو من مقدماته، و الفرض ظهور کلامهم فی تعدد القاسم لا المقوم، علی أنه یمکن القول بتولی الواحد القسمه فیها و إن احتیج إلی التعدد بعدها فی تقویم ما زاد فی أحد النصیبین، إذ ذاک أمر خارج عن القسمه. و من هنا کان لعلی (علیه السلام) قاسم واحد(۱)فتأمل جیدا.

و علی کل حال ف أجره القسام المنصوب من قبل الامام (علیه السلام) من بیت المال المعد للمصالح التی منها القسمه إن لم یکن یرتزق منه و إلا فلا أجره له، لقیام ارتزاقه منه مقامها، بل یمکن إراده ذلک منها، کما عساه ظاهر القواعد حیث عبر أولا بالارتزاق و ثانیا بالأجره، لاختصاص منفعه عمله بغیره، بخلاف المؤذن و نحوه ممن شرک مع الغیر فی الانتفاع، فإنه یعبر عنه بالارتزاق و الأمر سهل.

و علی کل حال فذلک له من بیت المال إذا نصب علی هذا الوجه فان لم یکن إمام ینصب للقسمه شخصا کذلک أو کان و لکن لا سعه فی بیت المال و لو لوجود الأهم من ذلک لتجهیز جیش أو سد ثغر کانت أجرته علی المتقاسمین و إن کانت قسمه

۱- ۱ راجع التعلیقه ۴ من ص ۳۲۶.

إجبار أو كان الطالب للقسمه أحدهم، خلافا لما عن أبى حنيفه و أحد وجهى الشافعيه فيختص بالطالب، و فيه أن العمل المحترم قد وقع لهم أجمع فيستحق

عوضه ما لم يقصد التبرع به فان كانت القسمه بسؤالهم و استأجره كل واحد منهم بأجره معينه عليه فلا بحث فى استحقاق ذلك المعين من غير ملاحظه السهام أو الرؤوس.

نعم قد ذكروا إشكالا من جهه أخرى فيما لو فرض ترتب العقود و كان الشركاء اثنين مثلا فعقد واحد لإفراز نصيبه، فعلى القسام إفراز النصيبين، و تميز كل واحد منهما عن الآخر، لأن تمييز نصيب المستأجر لا يمكن إلا بتمييز نصيب الآخر، و ما يتوقف عليه الواجب فهو واجب فإذا استأجر بعد ذلك الآخر على تمييز نصيبه فقد استأجره على ما وجب عليه و استحق فى ذمته لآخر فلم يصح، و كذا لو كانوا ثلاثه فعقد واحد لإفراز نصيبه ثم الثانى أشكل عقد الثالث بما سمعت.

و أجيب كما فى المسالك و بعض كتب العامه بأن السؤال مبنى على أنه يجوز استقلال بعض الشركاء باستئجار القسام لإفراز نصيبه و لا سبيل إليه، لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف فى نصيب الآخرين ترددا و تقديرا، و لا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقين فيكون أصيلا و وكيلا، و لا حاجه إلى عقد الباقين، و حينئذ إن فصل ما على كل منهم بالتراضى فذاك و إن أطلق وزع.

و فيه أن حاصله كما فى كشف اللثام عدم استقلال أحد منهم بالاستئجار و إيجاب الإفراز على ذمه الأجير، و هو كما قيل لا يدفع الإشكال، ضروره إمكان فرضه باستغناء القاسم للتردد فيه بضبطه إياه سابقا أو باستحقاقه ذلك لاستئجار و نحوه، أو يفرض برضا الشريك بالتردد فيه أو التخطى

أو كون القسمه إجبارا و المستأجر المستضر.

و لعل لذا فی كشف اللثام بعد حكايه الجواب المزبور قال: «و الحق عدم الاندفاع و من هنا التزم بعض الناس التفصيل بين القدره على الافراز على وجه يكون واجبا مطلقا فلا يصح الاستئجار ثانيا، و بين كونه غير مقدور فيصح، لأنه يكون واجبا مشروطا».

و فيه أن المتجه فی الثانی عدم صحه الأولى لا صحه الثانيه مع الأولى كما هو مفروض البحث، اللهم إلا أن يراد أن الأولى وقعت مراعى صحتها بوقوع الثانيه، كما لو اتحد الإيجاب و ترتب القبول خاصه، فإنه يقع مراعى بوقوع القبول من غيره، و التحقيق عدم صحه الثانيه حيث تصح الأولى من دون مراعاه للثانيه مع كون المستأجر عليه شيئا واحدا و إن تعدد عوضه، و لذا جاز الاستئجار عليه منهما دفعه واحده، بخلاف الترتيب المقتضی استقلال الأول فی الاستحقاق و كونه كالأجير الخاص بالنسبه إليه، لتعينه بالعمل الغير القابل للتعدد، فهو حينئذ كالمستأجر لحيازه شی ء من المباح مثلا، فإنه لا يجوز استئجاره ثانيا عليه لآخر بخلاف ما لو استأجراه دفعه كما هو واضح.

و كيف كان ف ان استأجروه فی عقد واحد بأجره معينه و لكن لم يعينوا نصيب كل واحد منهم من الأجره لزمتهم الأجره بالحصص، و كذا لو لم يقدروا أجره كان له أجره المثل عليهم بالحصص لا بالسويه عندنا من غير خلاف يعرف فيه بيننا، و فی محكی الخلاف دليلنا أنا لو راعيناها على قدر الرؤوس ربما أفضى إلى ذهاب المال، كأن يكون بينهما لأحدهما عشر العشر سهم من مائه سهم و الباقی للآخر و يحتاج إلى أجره عشره دنانير على قسمتها، فيلزم من له الأقل نصف العشره، و ربما لا يساوی سهمه دينارا واحدا

فيذهب جميع المال و هذا ضرر، و القسمه وضعت لازاله الضرر، فلا يزال بضرر أعظم منه.

و فى كشف اللثام «و لأن الأجره تزيد بزياده العمل، و العمل يزيد بزياده المعمول، فكل من كانت حصته أزيد فالعمل له أزيد، كمن يسقى جريبين من الأرض فعمله أزيد ممن يسقى جريبا، و أن تحمل المشقه أكثر، و كمن رد عبدا قيمته مائه فعمله أزيد ممن رد عبدا قيمته خمسون، و الغموض فى قله النصيب إنما جاء من كثره نصيب الآخر».

و فى القواعد و غيرها احتمال التساوى، للتساوى فى العمل، فإنه ليس إلا إفرازا أو حسابا أو مساحه، و الكل مشترك بينهما، بل قد يكون الحساب فى الأقل أغمض، و قله النصيب توجب كثره العمل، لوقوع القسمه بحسب أقل الأنصباء، فان لم يجب على الأقل نصيبا من الأجره أزيد فلا أقل من التساوى.

و لكن لم يذهب إليه أحد من أصحابنا، بل عن الشافعى و أبى حنيفه و مالك موافقتنا على ذلك، نعم هو محكى عن أحمد بن حنبل، و نقض عليه الفاضل فى القواعد بالحفظ للمال المشترک، فان له الأجره بالحصص مع التساوى فى العمل، و مرجع هذا و غيره مما سمعته أو لم تسمعه مما ذكر هنا إلى معلوميه القاعده فى المشترک أن جميع ما يترتب عليه من نفع أو غرم هو على الحصص إذا كان قد ترتب عليه من حيث الاشتراک، كما فى مفروض البحث الذى هو أجره المثل للعمل فى المشترک من حيث إنه كذلک أو المسمى فى العقد الواقع من هذه الحيثيه، و لذا قد وافق عليها هنا من عرفت من العامه عدا ابن حنبل فضلا عن الخاصه، و وجهه- بعد معلوميه مقابله العوض بالعمل- أن التوزيع يكون بحسب أثر العمل فى المال المشترک، لا بالنسبه إلى المتعاملين الذين لا مدخليه لهم فى المعاوضه

و لا ريب فى استخراج السهام المتعدده لذى السهم الأكثر بعد تعديل المال المشترك على الأقل نصيبا، كما هو واضح، و الله العالم.

[النظر الثانى فى المقسوم]

النظر الثانى فى المقسوم و هو إما متساوى الأجزاء وصفا و قيمه كذوات الأمثال مثل الحبوب و الأدهان أو متفاوتها كالأشجار و العقار، فالأول يجبر الممتنع مع مطالبه الشريك بالقسمه بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار فى القسمه المفروض شرعيتها لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله قطعا و لا ريب أن الانفراد أكمل نفعا.

و لا فرق فى ذلك بين الجامد و المائع الذى مسته النار للعقد كالدبس و الرب لا للتصفيه كالعسل و السمن و غيرهما، و ما عن بعض العامه من عدم جواز القسمه فى الأول لعدم جواز بيعه بعضه ببعض و لو مثلا بمثل و هى بيع خرافه فى خرافه.

نعم لو تعددت الأجناس المشترك فيها فطلب أحدهما قسمتها أنواعا بالقيمه ففى القواعد لم يجبر، لتعلق الغرض غالبا بالعين، و لأنه قسم من قسمه الرد، نعم لو تراضيا على القسمه كذلك لم يكن به بأس، و لا ينافيه عدم الجبر عليه، لإمكان القسمه بطريق آخر جامع بين الجميع.

و كيف كان ف يقسم المكيل و الموزون و غيرهما كيلا- و وزنا و خرصا و مقابله متساويا و متفاضلا ربويا كان و غيره، لأن القسمه عندنا تمييز حق لا بيع كى يلحقها أحكامه

من القبض فی المجلس لو کانت فی نقدین مثلا و من عدم الزیاده لو کانت فی ربوی، و من العلم بالمقدار لو کانت فی مجهول، بل قد عرفت فیما مضی هنا و فی الشرکه أنها لیست معاوضه، و إنما هی تمییز حق استخراج بالقرعه حتی فی قسمه الرد و إن کان فیها شبه المعاوضه إلا أنه تعاوض شرعی لا معاوضه معامله. و من ذلک یظهر لک المناقشه بما فی المسالک و غیرها، فلاحظ و تأمل.

هذا و فیها هنا أیضا «و أما قوله متساویا و متفاضلا فالأصل فی القسمه أن یکون بنسبه الاستحقاق، فإذا کان المشترک بینهما نصفین کان إفرازه قسمین، و إن کان بینهما أثلاثا کان إفرازه کذلک، و التفاضل فی الثانی بحسب الصوره و إلا فهو متساو حقیقه، لأن مستحق الثلث له فیما فی ید صاحب الثلثین ثلث و لصاحب الثلثین فیما فی ید صاحب الثلث ثلثاه، فالقسمه علی هذا الوجه موجبه للتسویه بینهما بالنظر إلی أصل الحق، و إن أراد بالتفاضل ترجیح أحدهما علی الآخر بزیاده علی حقه فلیس ذلک بداخل فی حقیقه القسمه، بل هو هبه محضه للزائد، فلو ترک قوله: متساویا و متفاضلا کان أولی».

و فیه أن المراد بیان جواز قسمه الربویات بالتفاوت من حیث الجوده و الرداءه، فلو کان الحب مشترکا بینهما و فرض اختلافه علی وجه یکون الوزنتان من بعضه تقابل بالوزنه من غیره فعدلا السهام بذلک و اقتسماه علی هذا الوجه فإنه لا إشکال فی صحه القسمه عندنا، بخلافه لو قلنا إنها بیع للربا، بل و إن قلنا إنها معاوضه و أن الربا عام للمعاوضات، لما عرفت أنها لیست معاوضه معامله، و الله العالم.

و أما الثانی و هو المتفاوته أجزاؤه ف اما أن یستضر الکل بقسمته أو البعض أو لا یستضر أحدهم، و فی الأول

لا یجبر الممتنع عن القسمه کالجواهر و العضائد الضیقه و نحوها المتوقف قسمتها علی کسرها و إلا فإذا أمکن بتعدیلها بالقسمه أجبر الممتنع کما تسمعه فی الثیاب و العبید، إذ هو أحد الأفراد الذی لا ضرر فیه و لا رد، کما أنه قد عرفت قوه القول بصحه قسمتها مع التراضی و إن تضرر الجمیع بناء علی إراده نقص القیمه منه لا الخروج عن المالیه، فلاحظ و تأمل.

و فی الثانی إن التمس المستضر لقله نصیبه مثلا علی القسمه أجبر من لا یتضرر لأن المانع من جهته و قد فرض زواله برضاه إذا کان الضرر النقص، و إن قلنا إنه الخروج عن التمول أشکل جوابه إلی ذلک، لأنه سفه، إلا أن یفرض غرض صحیح یخرجه عنه.

و إن امتنع المتضرر لم یجبر عندنا لقاعده لا ضرر و لا ضرار و لا ریب فی أنه یتحقق الضرر المانع من الإجبار بعدم الانتفاع بالنصیب أصلا بعد القسمه. و قیل: یتحقق مع ذلک بعدم الانتفاع به فیما کان ینتفع به مشترکا و إن لم تنقص قیمته، و قیل بنقصان القیمه علی وجه یتحقق به الضرر الفاحش و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، کما حققنا ذلک فی کتاب الشرکه(1)و (۱۱) إن کان للشیخ (۱۲) بل و لغیره فی المسأله قولان (۱۳) الأول و الأخیر.

ثم (۱۴) اعلم أن المقسوم (۱۵) مثلیا کان أو قیمیا عقارا أو غیره متحدا أو متعددا متفقا فی الجنس أو مختلفا إن لم یکن فیه رد و لا ضرر أجبر الممتنع و تسمی قسمه إجبار، و إن تضمنت أحدهما لم یجبر، و تسمی قسمه تراض، و (۱۶) حینئذ یقسم الثوب الذی لا تنقص قیمته بالقطع کما تقسم الأرض (۱۷) المتساویه أجزاؤها قسمه إجبار و إن کانا قیمیین، لعدم ضرر و عدم رد فیها. و إن کان ینقص

۱- ۱ راجع ج ۲۶ ص ۳۱۵.

بالقطع لم يقسم، لحصول الضرر بالقسمه و كذا الأرض.

و تقسم الثياب اتحدت فى النوع أو اختلفت. و كذا تقسم العبيد كذلك بعد التعديل بالقيمه قسمه إجبار مع فرض انحصار قسمتها فى ذلك، لأن التعديل المزبور رافع للضرر عرفا، فتندرج حينئذ هى و غيرها فى الضابط المزبور الذى هو منطبق على جميع ما تسمعه مما ذكر فى المقام، و إن كان فى دعوى تحقق

الضرر فى بعض الأمثله كالدكاكين المتلاصقه و الدور المتجاوره فى قسمتها بعض فى بعض تأمل و نظر، كما ستعرف.

هذا و لكن فى المسالك و بعض كتب العامه كالروضه للرافعى من الشافعيه تشويشا فى المسأله حيث ذكر فيها «أن الأقسام ثلاثه: الأول قسمه الافراز، و هو أن يكون الشى ء قابلا للقسمه لتساوى أجزائه فى الصفات، كذوات الأمثال، و الثوب الواحد كذلك، و الأرض المتحده كذلك، و لا إشكال فى أنها قسمه إجبار مع فرض عدم الضرر، و الثانى قسمه التعديل، و هى ما يعدل سهامها بالقيمه، و هى تنقسم إلى ما يعد شيئا واحدا و إلى ما يعد شيئين فصاعدا، فالأول كالأرض المختلفه أجزاؤها، و البستان المختلفه أشجارها، و الدار المختلف بناؤها و نحو ذلك، و ظاهر عباره المصنف دخول الإجبار فيها، و يحتمل عدمه، لاختلاف الأغراض، و الأقوى الأول، و الثانى ينقسم إلى عقار و غيره، فالأول كدارين أو حانوتين، و لا جبر هنا على قسمتهما بعض فى بعض و إن أمكن التعديل بالقيمه، و أما غير العقار فان كان من نوع واحد كعبيد أو ثياب و أمكن التسويه فيها بالعدد و القيمه فظاهر المصنف و الأكثر الجبر فى قسمتها أعيانا، و لو لم يمكن التسويه فى العدد كثلاثه أعبد بين اثنين على السويه أحدهما يساوى الآخرين ففى الجبر هنا وجهان: من التعديل بالقيمه

و من اختلاف الغرض فی التعدد و الاتحاد، بل أشكل من ذلك لو كانت الشركه لا ترتفع إلا عن بعض الأعيان كعبدين بين اثنين قيمه أحدهما مائه و قيمه الآخر مأتان و طلب أحدهما القسمه، فيختص من خرجت له القرعه بالخسيس و ربع النفيس، لعدم ارتفاع تمام الشركه بهذه القسمه، فيشكل الجبر عليها، و لو كانت الأعيان من أنواع مختلفه كعبد تركی مع هندی و ثوب إبريسم مع ثوب كتان ففی الإجبار هنا وجهان أيضا، بل أولی بالمنع، هذا كله مع اتحاد الجنس، أما مع اختلافه كعبد مع ثوب مثلا فلا إجبار فی قسمه أعيانها بعض فی بعض و إن تساوت بثمنها، و الثالث قسمه الرد، و لا جبر فيها أيضا، كما ستعرف».

و هو كما تری لا نعرف له مدركا ينطبق علی أصولنا إلا دعوی حصول الضرر فی بعض دون آخر، و هی مجرد اقتراح، و إنما صدر من العامه علی أصولهم الفاسده من قياس أو استحسان أو مصالح مرسله، و إنما المنطبق علی أصولنا ما سمعته من الضابط المزبور، نعم قد يتوقف فی دعوی اقتضائه عدم قسمه العقار مع تعدده بعض فی بعض و لو مع الانحصار فی ذلك للضرر، ضروره كونه كالدار المختلف بناؤها و البستان المختلف أشجارها فی عدم صدق الضرر عرفا، و كذا قسمه مختلف الجنس بعضه فی بعض مع الانحصار فيه.

اللهم إلا أن يكون فی مختلف جهه الشركه فيه، بمعنی عدم الشركه فی مجموع آحاده و إن تحققت فی أفراده بأسباب مستقله، فإنه لا جبر فی قسمه بعض فی بعض قطعا، بل الظاهر عدم مشروعيه القسمه فيه بالمعنی المصطلح و إن جازت بنوع من الصلح و نحوه، لكون القسمه حينئذ قسمه معاوضه لا إفراز، و ذلك لأنه معها يكون له النصف من كل منهما مثلا، و لا يجب عليه معاوضه ما يستحقه فی أحدهما بما لصاحبه

فی الآخر، إذ لیست هی إفراز حینئذ، بخلاف ما لو کانت الشرکه فی مجموعه، فان له حینئذ نصفا منه، و هو یمکن انطباقه علی أحدهما.

و من ذلک یظهر لک اعتبار الإشاعه فی مجموع الأعیان المشترکه التی یراد قسمتها بعض فی بعض، بل لا موضوع للقسمه فی غیره مما آحاده مشترکه بأسباب مستقله من دون شرکه بمجموعه، و لیس المراد فی الأول اعتبار نصف المجموع مثلا کی یرد حینئذ عدم جواز قسمه بعض المال المشترک دون بعض أو قسمه بعض بالإفراز و الآخر بالتعدیل و المعلوم خلافه نصا و سیره، و إنما المراد زیاده مصادیق النصفیه بملاحظه الشرکه فی المجموع علی وجه یصح قسمته بعض فی بعض بحیث یکون النصف أحد المالین مثلا، فتأمل فإنه دقیق نافع، و حینئذ فالمتجه عدم الفرق بین العقار و غیره و متحد الجنس و مختلفه مع فرض انحصار قسمته بعض فی بعض بالتعدیل بالقیمه الذی فرض ارتفاع الضرر معه عرفا، فیندرج فی الضابط المزبور.

و بذلک بان لک النظر فی کلام کثیر من الأصحاب حتی المصنف فیما یأتی له من عدم الجبر علی قسمه الدارین و الدکاکین و الأقرحه بعضها فی بعض و إن انحصر قسمتها فیه، نعم هو کذلک لو فرض إمکان قسمه کل منها بالإفراز علی وجه لا ضرر فیه، فان المتجه عدم الجبر علی خصوص هذا الفرد من القسمه، کما فی کل مقام یمکن فیه قسمه الافراز، فإنها مقدمه علی قسمه التعدیل، لأنها أتم الافراد و أقل ضررا و ألیق بمراعاه حق الاشتراک، و حینئذ فالجبر علیها عند اختلافهما فی الإراده فی محله، نعم لو تعذرت و لو للضرر انتقل إلی قسمه التعدیل إلا مع التراضی بها معه، فالمدار فی الجمیع- متساوی الأجزاء و مختلفها و المتحد و المتعدد عقار و غیر عقار مختلف النوع و متحده بل مختلف الجنس و غیره- علی

ذلک بعد فرض الاشتراک فی مجموعه، لا أن الشرکه مختصه بآحاده الذی قد عرفت عدم موضوع لقسمته بعض فی بعض و إنما یقسم کل واحد من آحاده بقسمه مستقله، و تفاوت الغرض لیس ضررا مالیا، مضافا إلی عدم حصول منع بقاء الشرکه التی لا یجب الجبر معها علی المهایاه، و الله العالم.

و إذا سألا أی الشریکان مثلا القسمه للشی ء و لهما بینه بالملک کذلک قسم بینهما بلا خلاف حتی من العامه و لا إشکال، إذ البینه حجه شرعیه و إن لم یحضر خصم.

و إن کان یدهما علیه و لا منازع قال الشیخ فی المبسوط: لا یقسم کما فی الدروس و إن کنا لم نتحققه، بل المحقق من موضع منه التصریح بالجواز، کالمحکی عن أبی علی فی المختلف و قال فی الخلاف: یقسم و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده من غیر فرق بین العقار و غیره من المنقول و غیره، بل لعله لا- خلاف فیه بیننا، بل قد یظهر من بعضهم الإجماع علیه لأن الید و التصرف دلاله الملک و لیس قسمه الحاکم لهما حکما منه بالملک علی وجه یقطع خصومه الخصم لو ظهر، کغیرها من تصرفاته فیها تبعا لظاهر الید.

علی أنه إذا أراد الاحتیاط کتب فی کتاب القسمه صوره الحال بعد الإعلان بذلک علی وجه لو کان هناک منازع لظهر، فما عن أحد قولی الشافعیه من عدم جواز القسمه و أبی حنیفه من عدم قسمه غیر المنقول مع القول بأنه ملکنا إرثا واضح الفساد.

[النظر الثالث فی کیفیه القسمه]

اشاره

النظر الثالث فی کیفیه القسمه المحتاجه إلی التعدیل، و أقسامها أربعه لأن الحصص إن تساوت قدرا بأن کان الشرکاء ثلاثه مثلا لکل واحد ثلث و قیمه بمعنی مساواه أجزاء المقسوم لقیمه الجمله ف هو القسم الأول.

و کیفیه القسمه فیه بتعدیلها علی قدر السهام، لأنه یتضمن القیمه إذ قد عرفت تساوی قیمه الأجزاء لقیمه الجمله، و ذلک کالدار مثلا تکون بین اثنین مثلا و الفرض أن قیمتها متساویه (۱۱) لعدم التفاوت فی أجزائها و عند التعدیل (۱۲) بقسمتها نصفین یکون القاسم مخیرا بین الإخراج (۱۳) للرقع علی الأسماء و الإخراج علی السهام.

أما الأول فهو أن یکتب کل نصف فی رقعه و یصف کل واحد (۱۴) منهما بما یمیزه عن الآخر، و یجعل ذلک مصونا فی ساتر کالشمع أو الطین (۱۵) أو غیرهما و یأمر من لم یطلع علی الصوره (۱۶) المکتوبه فی الرقعتین بإخراج أحدهما علی اسم أحد المتقاسمین، فما خرج ف (۱۷) هو له.

و أما الثانی فهو أن یکتب کل اسم (۱۸) من اسمی الشریکین مثلا فی رقعه و یصونهما (۱۹) أیضا بساتر کالأول و یخرج (۲۰) من یأمره ممن لم یطلع علی ما فیهما علی سهم من السهمین فمن خرج اسمه فله ذلک السهم.

(۲۱) و الظاهر عدم وجوب خصوص کتابه الرقاع و عدم الصون فی ساتر، بل و عدم وجوب کون المأمور مکلفا، بل و غیر ذلک من القیود المزبوره،

إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره إلى الله تعالى و يفعلان ما يفيده و إن كان الأولى الاقتصار على المأثور و المعهود.

و إن تساوت الحصص قدرا لا قيمه لاختلاف أجزاء المقسوم بالنسبه إلى ذلک فقد یكون الثلثان منه مثلا مساويا للثلث الآخر فى القيمه و هو القسم الثانى، و حينئذ إذا أراد أن يقسم عدل السهام قيمه لأنها المدار فى رفع الضرر و ألغى القدر، حتى لو كان الثلثان مثلا بقيمته مساويا للثلث جعل الثلث نصفا محاذيا للثلثين اللذين هما النصف الآخر و كيفيه القرعه عليه كما صورناه سابقا من الإخراج على الأسماء أو السهام.

و إن تساوت الحصص قيمه لا قدرا مثل أن يكون للواحد النصف و للآخر الثلث و للآخر السدس و قيمه أجزاء ذلک الملک متساويه و هو القسم الثالث، و حينئذ فإذا أريدت القسمه سويت السهام على أقلهم نصيبا لأن المفروض تساوى القسمه فجعلت أسداسا كما هو الضابط فى كل قسمه اختلفت سهامها، فإنها تعدل على أقلها ما لم يكن فيها كسر، و إلا احتيج تعديلها إلى فرضها عددا ينطبق عليها، كما لو فرض كون النصف فى مفروض المسأله بين اثنين، فإنه لا تصح القسمه بالتعديل أسداسا للكسر فيها حينئذ، فلا تتساوى السهام كى يتجه الإقراع، بل لا بد من تعديلها باثنى عشر جزء، لأنه الذى منه الثلث و السدس و الربعان صحاحا، فتعدل هكذا.

ثم (۱۱) على كل حال كم يكتب رقعه؟ فيه تردد بين أن يكتب بعدد (۱۲) أسماء الشركاء (۱۳) فيكون فى الفرض ثلاثه كما هو الأشهر أو بعدد السهام (۱۴) فيكون سته، رقعه باسم صاحب السدس و رقعتان باسم صاحب الثلث و ثلاثه لصاحب النصف.

و لكن الأقرب الاقتصار على عدد الشركاء، لحصول المراد به، فالزياده كلفه و إن كان الأقوى جوازه أيضا، بل عن المبسوط قوه تعينه، لأن كل من كان سهمه أكثر كان حظه أوفر» و له مزيه على صاحب الأقل، فإذا كتب صاحب النصف ثلاث رقاع كان خروج رقعته أسرع و أقرب و إذا كتب له واحده كان خروج رقعته و رقعه صاحب السدس سواء.

و فيه أن ذلك لا فائده فيه بعد فرض تعديل السهام، فلا ريب فى أن الأول أولى، لحصول الفائده مع الاختصار و ترك اللغو فى إخراج الثانيه و الثالثه لصاحب النصف بعد إخراج الأولى و الثانيه لصاحب الثلث.

إذا عرفت هذا فإنه يكتب حينئذ ثلاث رقاع لكل اسم رقعه، فتجعل للسهام أول و ثانى و هكذا إلى الأخير الذى هو السادس و الخيار فى تعيين ذلك أى ترتيب السهام على الوجه المزبور إلى المتقاسمين، و لو تعاسرا عينه القاسم دفعا للنزاع، و يحتمل استخراجه بقرعه أيضا ثم تدفع الرقاع- بعد وضعها فى ساتر كما عرفت- إلى من لم يطلع على ما فيها ثم يأمره بإخراج رقعه منها فان تضمنت اسم صاحب النصف فله الأسهم الثلاثه الأول ثم يأمره بأن يخرج ثانيه، فان خرج صاحب الثلث فله السهمان الآخران و هو الرابع و الخامس و (۱۱) حينئذ لا يحتاج إلى إخراج الثالثه، بل لصاحبها ما بقى (۱۲) و هو السهم السادس.

و كذا لو خرج اسم صاحب الثلث أولا كان له السهمان الأولان ثم يخرج أخرى، فإن خرج صاحب النصف فله الثالث و الرابع و الخامس، و لا يحتاج إلى إخراج أخرى لأن السادس تعين لصاحبها.

و هكذا لو خرج اسم صاحب السدس أولا كان له السهم الأول

ثم يخرج الأخرى، فإن كان صاحب الثلث كان له الثانى و الثالث، و الباقى لصاحب النصف، و لو خرج فى الثانيه صاحب النصف كان له الثانى و الثالث و الرابع و بقى الآخران و هو الخامس و السادس لصاحب الثلث من غير احتياج إلى إخراج اسمه و ذلك كله واضح.

كوضوح الحال فيما لو فرض كتابه ست رقاع بأسمائهم، فإذا خرج واحده من رقاع صاحب النصف أولا أعطى الثلاثه الأول، فإذا خرجت ثانيه باسمه أو ثالثه كانت ملغاه، للاستغناء عنها بالأولى، و إن خرجت واحده من رقعتى صاحب الثلث بعد رقعه صاحب النصف أعطى الرابع و الخامس، و لا يحتاج إلى إخراج ما بقى، كما أنه لو خرجت رقعه صاحب السدس أعطى الرابع، و لا يحتاج بعد إلى إخراج غيرها، لتعين السهمين الأخيرين، و هما الخامس و السادس لصاحب الثلث، و كذا الكلام لو خرجت أولا إحدى رقعتى صاحب الثلث أعطى السهمان الأولان و تلغى رقعته الثانيه، فإن خرج بعده رقعه صاحب السدس أعطى الثالث و تعين الباقى لصاحب النصف من غير حاجه إلى إخراج.

و كيف كان ف لا يصح أن تكتب رقاع و يخرج ها فى هذه الصوره من القسمه على السهام نحو ما سمعته فى الصورتين الأولیين بل يتعين إخراج رقاع هذا القسم على المسمين بتلك الأسماء المكتوبه فى الرقاع بالطريق الذى ذكرنا إذ لا يؤمن أن يؤدى (۱۱) إخراجها على السهام نحو ما سمعته فى القسمين الأولين إلى تفرق السهام، و هو ضرر (۱۲) غير جائز إلا مع الرضا به، إذ قد يخرج السهم الثانى لصاحب السدس، و هو مقتض لتفرق ملك صاحب الثلث أو النصف، و كذا لو خرج له الخامس، بل قد يخرج لصاحب النصف مثلا الرابع، فيحصل النزاع

بينهم فى إتمامه بسهمين قبله أو بعده، و القسمه إنما شرعت لدفع النزاع.

هـذا و فى الروضه للرافعى من علمـاء الشـافعيه «و إن أثبت الأـجزاء فى الرقاع فلا بـد من إثباتها فى ست رقاع، و حينئـذ فالتفريق المحذور لو لزم إنما يلزم إذا خرج أولا صاحب السدس، و هو مسـتغن عنه، بأن يبدأ بصاحب النصف، فان خرج الأول باسمه فله الأول و الثانى و الثالث، و إن خرج الثانى فكـذلك، فيعطى معه ما قبله و ما بعده، و إن خرج الثالث ففى شـرح مختصـر الجوينى أنـه يتوقـف فيـه و يخرج لصـاحب الثلث، فـان خرج الأـول أو الثـانى فله الأـول و الثـانى، و لصـاحب النصـف الثـالث و الرابـع و الخـامس، و إن خرج الخـامس فله الخـامس و السـادس، ثم أهمـل بـاقى الاحتمالاـت، و كـان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصـف الثـالث فهـو له مـع اللـذين قبله، و إن خرج الرابع فهـو له مع اللـذين قبله، و يتعين الأـول لصـاحب السـدس، و إن خرج الخامس فهو له مع اللذين قبله، و يتعين السادس لصاحب السدس، و إن خرج السادس فهو له مع اللذين قبله، و إن أخذ زيد حقه و لم يتعين حق الآخرين أخرج رقعه أخرى باسم أحدهما، فلا يقع تفريق» إلى آخر ما ذكره مما هو غير معهود فى كيفيه القرعه.

و مع فرض جوازها كذلك على تقدير التراضـى بها فالتفريق أيضا جائز مع التراضـى به، بل يجوز معه الابتداء بذى السدس على أن يكون إذا خرجت رقعته على الأـول أو الثـانى فله الأول أو خرجت على الخامس أو السادس فله السادس كيلا يلزم تفريق، بل قد يفرض تفريق لا ضرر فيه، كما فى قسمه الحبوب و الأدهان مثلا.

و على كـل حـال فهـذه الوجوه خـارجه عن مفروض المسـأله، فإنها مع فرض صـحتها و دخولها فى المعهود من إطلاق القرعه لا تنافى ما ذكره المصنف و غيره من عدم جريان ما ذكره فى القسمين الأولين من إخراج

الأسماء على السهام بالكيفيه المزبوره فيهما فى هذا القسم، و إنما يختص بإخراج رقعه على الأسماء خاصه حذرا من حصول التفريق الذى لا ريب فى احتماله على هذا الوجه، و التخلص منه بما عرفت خروج عن المفروض، و هو واضح.

كوضوح كون المراد من عباره المتن عدم إخراج الرقاع على السهام على حسب ما ذكره فى الأولين، بل يختص إخراجها على الأشخاص المسمين بتلك الأسماء، فلا إشكال حينئذ، بل عن بعض النسخ إبدال العباره المزبوره «و لا تخرج فى هذه السهام على الأسماء، إذ لا يؤمن» إلى آخره، و هى صريحه فى ما قلناه، و الله العالم.

و لو اختلفت السهام و القيمه معا و هو القسم الرابع و لا يخفى عليك أنه إذا كان كذلك عدلت السهام تقويما و ميزت على قدر سهم أقلهم نصيبا و أقرع عليها كما صورناه ضروره عدم الفرق بين الصورتين إلا بتفاوت مقدار المساحه فى السهام فى الثانيه دون الأولى، نحو ما سمعته فى القسم الثانى، هذا كله فى قسمه التعديل بدون رد.

أما لو كانت قسمه رد- و هى المفتقره إلى رد فى مقابله بناء أو شجر أو بئر أو نحو ذلك مما يكون فى أحد السهمين و لا يمكن قسمته- ف لا خلاف عندنا بل و لا إشكال فى أنه لا تصح القسمه فيه ما لم يتراضيا جميعا، لما يتضمن من دفع الضميمه التى لا تستقر إلا بالتراضى لعدم كونها من المال المشترك، فلا وجه لجبر أحدهما عليها، إذ هو كجبره على بيع ما لا يمكن قسمته، بل لعله كذلك عند العامه فضلا عن الخاصه، نعم قد يفرض الجبر فى بعض الصور من باب السياسات التى لا مدخل لها فيما نحن فيه مما هو حكم شرعى.

و إنما الكلام فيما إذا اتفقا على الرد و عدلت السهام

و أقرع فهـل تلزم بنفس القرعه فيلزم بـالرد من خرج الزائـد له كمـا يلزم بـالقبول من خرج النـاقص له؟ قيـل كمـا عن المبسوط و التحرير و الإرشاد و الدروس و الإيضاح و المسالك و غيرها لا تلزم إلا بالرضاع بعد القرعه، بل عن بعضهم التصريح باعتبار لفظ «رضـيت» و نحوه بعد القسـمه لأنها تتضـمن معاوضه، و لا يعلم كل واحد من يحصل له العوض ف لا يتحقق رضا المعاوضه قبل القرعه و لـذا قلنـا يفتقر إلى الرضـا بعـد العلم بما ميزته القرعه حتى يتحقق الرضا المعتبر فى صـحه المعاوضه، بل و يتحقق أيضـا إنشاؤهـا، و هو حاصـل مـا فى محكى المبسوط و غيره من أن القرعه فيهـا تفيـد معرفه البـائع منهما من المشترى، و قبل القرعه لا يعلم هذا، فإذا علم بها البائع من المشترى و علمنا من الذى يأخذ الزائد و يرد خمسين مثلا قلنا الآن قد بان ذلك الرجل، فلا تلزم القسـمه إلاـ بتراضـيهما، ثم قال: «و تفارق هـذه قسـمه الإجبار، لأنه لا بيع فيها و لا شـراء، فلهـذا لزمت بالقرعه، و هـذه فيها بيع و شراء، فلاـ يلزم بها- ثم قال-: و أيضا لما لم يعتبر التراضـى فيها فى الابتـداء فكـذلك فى الانتهاء، و ليس كـذلك هنا، لأنه اعتبر التراضى فى ابتدائها فكذا فى انتهائها».

هذا و لكن قد تشعر نسبه المصـنف و الفاضل ذلك إلى القيل برده أو التردد فيه، بل مقتضى إطلاق المصنف و غيره فيما تقدم عدم اعتبار الرضا بعدها فى قسمه منصوب الامام (عليه السلام) عدم الفرق بينها و بين غيرها، بل هو صريح الدروس.

و منه حينئـذ يظهر عـدم الفرق بين الجميع، ضـروره عـدم مـدخليه منصوب الامام (عليه السـلام) فى المعاوضات، على أن مرجعه الاكتفاء بقرعته عن إنشاء تعاوض، بل يتعين الدفع على ذى السهم الزائد و القبول

على ذى السهم الناقص، فهو عوض شرعى لا معاوضه اصطلاحيه، و من المعلوم عدم الفرق فى نفاذ القرعه بين وقوعها منه و من غيره.

و أيضا ظاهر الجميع كون ذلك فردا من أفراد القسمه، لا- أنها قسمه و بيع، بل ظاهر جماعه ممن اعتبر الرضا بعدها الاكتفاء بإنشاء الرضا بها بعدها لا إنشاء معاوضه، بل لا يكفى إنشاؤها على الاجمال، بل لا بد من قصد البيع أو الصلح أو الهبه المعوضه أو نحو ذلك مما يقطع بعدم التزامهم به، بل كلامهم كالصريح فى نفى كون القسمه بيعا عندنا حتى قسمه الرد، على أن هذا البيع بعد القرعه يجب إنشاؤه بينهما على وجه إذا امتنع يقوم الحاكم مقامه أو يبقى مختارا فيه.

و التزام الأول كما ترى، و الثانى مناف لمفاد القرعه الذى هو التعيين.

و لعله لذا احتمل فى كشف اللثام و غيره اللزوم بنفس القرعه، بل لعله الأقوى و إن كان الاحتياط لا ينبغى تركه، بل قد عرفت فيما سبق إطلاق بعضهم الاكتفاء فى صحتها و لزومها بالتراضى و إن كان فيها رد، و أن القرعه عند التنازع.

لكن فى المسالك هنا «ثم على تقدير التراضى عليها إن اتفقا على أن يكون الرد من واحد معين و أوقعا صيغه معاوضه تقتضى ذلك كالصلح و غيره فلا- بحث، و إن اتفقا عليه و دفع الراد العوض من غير صيغه خاصه كان الحكم كالمعاطاه لا- تلزم إلا بالتصرف عند من جعل ذلك حكم المعاطاه و إن لم نقل بتوقف التراضى على القسمه مع عدم الرد على التصرف، و الفرق ما أشرنا إليه من اشتمال قسمه الرد على المعاوضه المقتضيه للصيغه الداله على التراضى على ما وردت عليه من العوض، و المقسوم الزائد على ما قابل المردود غير متعين، فلا يمكن تخصيصه باللزوم مع التراضى بدون التصرف».

و فيه ما لا يخفى من منافاه ذلك لظاهر كلام أصحابنا و غيرهم من أن قسمه الرد من أفراد القسمه و إن كان لا إجبار فيها، و لا يحتاج إلى صلح و غيره، حتى من اعتبر الرضا بعد القرعه فإنما يريد الرضا بها قسمه، و هو غير الرضا المعتبر فى إنشاء المعاوضات المعلومه، و كأنه اشتبه عليهم العوض و المعاوضه المصطلحه، و لا ريب فى الفرق بينهما، و أقصى ما فى قسمه الرد الأول لا الثانى، كما هو واضح بأدنى تأمل.

نعم لو لم نقل إنها من أفراد القسمه بل هى قسمه و معاوضه اعتبر حينئذ قصد معاوضه خاصه و تعيين المعوض عنه و غير ذلك مما فى تلك المعاوضه التى يتفقان على إنشائها، و من المعلوم أن قسمه الرد قد تشتمل على زياده وصف فى أحد السهمين و زياده عين و غير ذلك مما يتوقف معادلته للسهم الآخر على جبر ممن يكون له ذلك. و بالجمله يقوى فى النظر الاكتفاء فى لزومها بالقرعه، و يتعين الدفع على ذى السهم الزائد و القبول على الآخر، و الله العالم.

[مسائل ثلاث]

اشاره

مسائل ثلاث:

[المسأله الأولى لو كان لدار علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفل بموجب التعديل جاز]

الأولى:

لو كان لدار مثلا علو و سفل فطلب أحد الشريكين قسمتها بحيث يكون لكل واحد منهما نصيب من العلو و السفل بموجب التعديل جاز بلا خلاف و لا إشكال، لأنه توصل إلى حق كل منهما، بل أجبر الممتنع منهما عن ذلك مع فرض انتفاء الضرر المانع من الإجبار، بل ظاهر إطلاق المصنف و غيره عدم الفرق فى الإجبار المزبور بين أن يجعل نصيب كل منهما من العلو فوق

نصیبه من السفل و عدمه ما لم یستلزم ضررا یرتفع معه الإجبار.

و لو طلب انفراده بالسفل أو العلو لم یجبر الممتنع مع التمکن من الأول الذی لا ریب فی تقدمه علیه، لما فیه من إیصال الحق إلی مستحقه فی کل منهما، کما سمعته فی تقدیم قسمه الافراز علی قسمه التعدیل.

مضافا إلی ما فی کشف اللثام من تعلیله بأن البناء تابع للأرض و العلو للسفل، فإنما یجبر علی قسمه تأتی علی الأرض، و لأنه من ملک شیئا من الأرض ملک قراره إلی الأرض السابعه و هواءه إلی السماء، فلو جعلنا لأحدهما العلو قطعنا السفل عن الهواء، و العلو عن القرار، أما مع فرض عدم إمکانه و لو للضرر فیه المانع من الإجبار علیه بخلاف الفرض فالأقوی الجبر علیه، لأنه طریق لا ضرر فیه إلی إیصال الحق لمستحقه، و لعل إطلاق المصنف و غیره لا ینافیه بعد تنزیله علی التمکن من الأول، حتی ما سمعته من کشف اللثام.

و کذا الکلام لو طلب قسمه کل واحد منهما منفردا عن الآخر لا یجبر علیه مع التمکن من قسمتهما علی الوجه الأول، أما مع فرض عدم التمکن منه و فرض عدم الضرر فی هذا یتجه الجبر، لما عرفت من وجوب إیصال الحق إلی مستحقه مع عدم الضرر.

هذا و فی المسالک اقتصر فی شرح عباره المصنف علی ذکر القسمین الأولین و ترک القسم الثالث، و لعله لیس فی نسخته لکن ما جعله مدرکا للأولین مناف له، و ذلک لأنه جعل العلو و السفل کالبیتین المتجاورین، فیجبر إن طلب قسمه کل منهما علی حدته، و لا یجبر علی قسمه أحدهما فی الآخر علی أن یکون لأحدهما العلو و للآخر السفل، و هو صریح فی منافاه ذلک لما ذکره المصنف من عدم الجبر لو طلب قسمه کل واحد منهما منفردا، و إنما الذی ذکر الجبر فیه قسمتهما معا علی أن یکون لکل

واحد نصيب من العلو و السفل بقسمه واحده.

على أنه لا- يخفى عليك ما فى دعوى جعل العلو و السفل بمنزله البيتين المتجاورين، ضروره كونهما كبيوت الدار الواحده لا مثل ذلك، و لذا لم يجبر عندهم على قسمه كل منهما منفردا.

بل فى القواعد «و لو طلب أحدهما قسمه السفل خاصه و يبقى العلو مشتركا أو بالعكس لم يجبر الآخر، لأن القسمه للتمييز، و مع بقاء أحدهما لا يحصل التمييز» و مراده أن البناء علوه و سفله تابع للأرض، فالمشترك شى ء واحد، فمع قسمه بعضه دون بعض لم يحصل التمييز، إذ هو كما لو اشتركا فى جريب من الأرض فطلب أحدهما قسمه نصفه و بقاء الآخر على الإشاعه.

و الظاهر أن مراده عدم الجبر لا ما يتوهم من عدم صحه قسمه ذلك حتى مع الرضا، باعتبار عدم التميز فى القسمه المفروضه التى هى عباره عنه، و الفرض أن المشترك شى ء واحد عرفا، خصوصا بعد ما عرفت من كون الشركه النصف مثلا- فى المشترك، لا أنها فى كل جزء جزء، و حينئذ فمع فرض اتحاده يكون النصف المستحق دائرا بين مصاديقه فيه، فيمكن أن يكون هذا النصف الذى أرادا قسمته بينهما، فلا تصح القسمه، حينئذ إلا مع إيقافه عليه أجمع.

لكنه كما ترى مخالف للمقطوع به بين الناس، و خصوصا فى المتماثلات بل و فى مثل الأرض المتحده الواسعه إذا أرادوا قسمه بعضها، و يكفى ذلك فى جعلها متعدده، فإنه لا إشكال فى جواز قسمتها مع فرض عروض التعدد لها عرفا.

كما أنه يلزم على التوهم المزبور عدم الصحه فى الذى عرض له الاتحاد بعد أن كان متعددا، بل ملاحظه هذا الميزان تقتضى أمرا غريبا فى الشريعه،

نعم قـد يقال: إنه لا يجبر عليه إذا كان قـد بـذل القسـمه فيه أجمع، لعـدم الدليل عليه فى خصوص ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه، كما أن ظاهرها جواز جميع أفراد القسمه مع التراضى بها، كما تسمع تحقيقه إنشاء الله.

[المسأله الثانيه لو كان بينهما أرض و زرع فطلب أحدهما قسمه الأرض حسب أجبر الممتنع]

المسأله الثانيه:

لـو كـان بينهمـا أرض و زرع فيهـا فطلب أحـدهما قسـمه الأرض حسب أجبر الممتنع ل مـا عرفته من وجوب إيصـال الحق إلى صاحبه مع عدم الضرر، و هو هنا كذلك ف ان الزرع كالمتاع فى الدار ف لا يمنع من قسمتها.

نعم لو طلب قسمه الزرع خاصه قال الشيخ كما فى المحكى عن مبسوطه هنا لم يجبر الآخر، لأن تعديل ذلك بالسهام غير ممكن و فى صلحه «لأن قطع نصفه لا يمكن، فان لكل واحد منهما حقا فى كل طاقه منه».

و فيه إشـكال واضـح من حيث إمكان التعديل بالتقويم إذا لم يكن فيه جهاله و ثبوت الحق فى كل طاقه لا يمنع شـرعيه القسـمه فى أمثـاله بـل فى كـل شـى ء، و من هنـا جزم من تـأخر عنه بـالجبر عليه، بل عن ابن البراج أنه قال: إذا كان التفصـيل بين قوم و أرادوا قسـمته لم يصح ذلك إلا ببيعه و قسـمه ثمنه بينهم، أو بأن يقطع من الأرض و يقسـمونه كما يقسمون الغله مثله، أو يكون مما يمكن قسمته بالتعديل، و هو غير مخالف.

بل يمكن أن يريد الشـيخ ذلك أيضا على معنى إراده قسـمته مع بقائه زرعا، لصـعوبه تعديله حينئذ، لعدم معرفه قوه استعداده، و بالجمله

يكون نزاعا فى موضوع، هذا كله فى قسمته زرعا.

أما لو كان بذرا بعد لم يظهر من الأرض لم تصح القسمه بلا خلاف لتحقق الجهاله المانعه من التعديل.

و لو كان سنبلا قال الشيخ أيضا: لا يصح لعدم إمكان التعديل و هو مشكل أيضا، بل أشد إشكالا من الأول لجواز بيع الزرع عندنا بل فى المحكى من عباره الشيخ اضطراب بالنسبه إلى ذلك، قال: «فان كان بينهما أرض فيها زرع فطلب أحدهما القسمه فاما أن يطلب قسمه الأرض أو الزرع أو قسمتهما معا، فان طلب قسمه الأرض دون غيرها أجبرنا الآخر عليها على أى صفه كان الزرع: حبا أو قصيلا أو سنبلا قد اشتد، لأن الزرع فى الأرض كالمتاع فى الدار لا يمنع القسمه، فالزرع مثله، و أما إن طلب قسمه الزرع وحده لم يجبر الآخر عليه، لأن تعديل الزرع بالسهام لا يمكن، و أما إن طلب قسمتها مع زرعها لم يخل الزرع من ثلاثه أحوال: إما أن يكون بذرا أو حبا مستترا أو قصيلا، فان كان حبا مدفونا لم تجز القسمه، لأنا إن قلنا القسمه إفراز حق فهو قسمه مجهول أو معدوم فلا تصح، و إن قلنا بيع لم يجز لمثل هذا، و إن كان الزرع قد اشتد سنبله و قوى حبه فالحكم فيه كما لو كان بذرا و قد ذكرناه، و إن كان قصيلا أجبرنا الممتنع عليها، لأن القصيل فيها كالشجر فيها، و لو كان فيها شجر قسمت بشجرها كذلك هنا».

و يمكن إرادته من البذر اخضراره فى الجمله، فإنه فى الحكم كالحب المدفون، لعدم إمكان تعديله، كما أنه يمكن أن يكون وجه الفرق بين كونه سنبلا قد قوى حبه و بين كونه قصيلا أن الأول قد صار بمنزله المتاع المنفصل الموضوع فى البيت فلا يتبع الأرض، و لا يجبر على قسمته تبعا لها، بخلافه قصيلا، فإنه كالشجر فيها يجبر على قسمته معها، إذ

ليس هو كـالحب المـدفون الممتنع تعـديله. و لم يتحقق تابعيته للأرض، و كـذا المخضـر فى الجمله الـذى لم يتم إثباته، و لا هو كالسـنبل الذى قد آن انفصاله عن الأرض و إن كان فيه نظر، ضـروره خروج الزرع بحاليه عن تبعيه الأرض عرفا بخلاف الشجر، و لعله لاتخـاذ الثانى فيها باقيا كالبناء بخلاف الأول المبنى على الانفصال، و لـذا شـبه بالمتاع فى البيت حتى من الشـيخ نفسه فى تعليل الجبر على قسمه الأرض وحدها، فلاحظ و تأمل.

و من هنا صـرح فى التحرير بعـدم الجبر لو أريـد قسـمته تابعا للأرض لعـدم كونه من توابعها، و لـذا لم تثبت الشـفعه فيه بخلاف الشجر.

و على كل حال فمراد الشـيخ الفرق بين السـنبل و غيره فى التبعيه، و لم يتعرض لقسـمته سـنبلا وحده، و لعل المصنف قد عثر له على غير هـذا الكلام، و الأمر سـهل بعـد وضوح الحال لديك حتى قسـمتهما معا بعضا فى بعض، فإنه لا جبر فيها، كما نص عليه غير واحد، لعدم كونهما شيئا واحدا، و الفرض إمكان قسمه كل واحد منهما أو الأرض خاصه.

فما عساه يتوهم من عبارتى المسالك و الكفايه من الجبر فيه فى غير محله.

نعم قـد يأتى على ما اخترناه الجبر على ذلك مع فرض انحصار القسـمه الخاليه عن الضـرر المانع من الإجبار فيه، لوجوب إيصال الحق إلى مسـتحقه مع الإمكان و إن ترجح بعض أفرادها على بعض، أما الأرض ذات الشـجر فيجبر على قسمتها معه، لكونه تابعا كالبناء، و لذا تثبت الشـفعه فيه، و كذا يجبر على قسـمتهما بعض فى بعض مع فرض انحصار القسـمه الخاليه عن الضرر فيه، بل و كذا يجبر على قسمه كل منهما أو أحدهما منفردا مع الفرض المزبور.

و يمكن إرجـاع مـا فى القواعـد و غيرهـا إلى ما ذكرنا، قال: «و لو كان فيها غرس فطلب أحـدهما قسـمه أحـدهما من الأرض أو الشجر خاصه

لم يجبر الآخر، و لو طلب قسمتهما معا بعضا فى بعض أجبر الآخر مع إمكان التعديل، و لو كانت الأرض عشره أجربه و قيمه جريب واحد منها يساوى قيمه تسعه أجربه، فإن أمكن قسمه الجميع بينهما على أن يتساويا فى الحصه مساحه و قيمه بأن يكون لأحدهما نصف ذلك الجريب و نصف التسعه الباقيه و للآخر مثله بأن يكون الجريب فى الوسط بحيث لا يلزم تفريق السهام وجب، و إن تعذر التعديل كذلك بأن يكون الجريب فى الطرف أو ذا بناء أو شجر أو نحو ذلك عدلت بالقيمه، بأن جعل الجريب قسما و التسعه قسما و أجبر الممتنع عليها إذا لم يتضرر بتفريق السهام و لا غيره» و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع]

المسأله الثالثه:

لو كان بينهما قرحان متعدده و طلب واحد من الشريكين مثلا قسمتها بعضا فى بعض لم يجبر الممتنع لأن المشهور بين الأصحاب على ما فى المسالك أن ما يعد شيئين فصاعدا من العقار كالدور المتعدده و الأراضى المتعدده الخاليه من الشجر- و هى المعبر عنها بالأقرحه- و الدكاكين المتعدده- سواء تجاورت أم لا- و الحبوب المختلفه كالحنطه و الشعير لا يقسم بعضها فى بعض، بمعنى جعل بعضها فى مقابل بعض قسمه إجبار، و إنما يقسم كل واحد منها على حدته قسمه إجبار إذا أمكن ذلك من غير ضرر، لأنها أملاك متعدده، و لكل واحد منها خواص لا تحصل فى الآخر، بخلاف الأرض الواحده و الدار الواحده و إن كنا لم نتحققه.

بل ذكرنا سابقا أن قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع

التمكن منه و عدم الضرر تقتضى الجبر إذا فرض الضرر بقسمه كل منها على حدته، و فوات الغرض لا يمنع الإجبار، كفواته فى المتعدد من النوع الواحد كالثياب و العبيد التى ذكروا فيها الجبر.

بل قد عرفت أن مقتضى إطلاق المصنف ذلك فيها و إن اختلف نوعها كثوب إبريسم و كتان، و عبد حبشى و زنجى، و لعله لذا حكى عن ابن البراج التصريح بقسمه الدور و الأقرحه بعضها فى بعض مع تساوى الرغبات، بل عنه أنه قال: «و كذا لو تضرر بعضهم بقسمه كل على حدته جمع حقه فى ناحيه» و مقتضى إطلاقه أولا الجبر و إن لم تكن متجاوره و أمكن قسمه كل واحد منها على حدته، إلا أن المحكى عنه فى كشف اللثام الحكم بالإجبار مع التجاور و التضرر إذا قسم كل على حدته بأن تكون حصه كل منهما فى بعضها أو فى كل مما لا يكاد ينتفع به.

و كيف كان ف لو طلب قسمه كل واحد بانفراده أجبر الآخر مع إمكانه بلا ضرر بلا خلاف و لا إشكال، للقاعده المزبوره و غيرها، بل قد ذكرنا سابقا أن هذا الفرد من القسمه يقدم على غيره من الأفراد و كذا الكلام لو كان بينهما حبوب مختلفه مثلا.

و كذا لا خلاف و لا إشكال فى أنه يقسم القراح الواحد بينهما و إن اختلفت أشجار أقطاعه كالدار الواسعه إذا اختلفت أبنيتها لأن الأصل فى الملك هو الأرض، و هى واحده، و الأشجار و الأبنيه توابع.

و فى محكى المبسوط «و يفارق هذا إذا كانت الأقرحه متجاوره، و لكل قراح طريق ينفرد به، لأنها أملاك متميزه، بدليل أنه إذا بيع سهم من قراح لم تجب الشفعه فيه بالقراح المجاور له، و ليس كذلك إذا كان القراح واحدا و له طريق واحده، لأنه ملك مجتمع، بدليل أنه

لـو بيع بعضه وجب الشـفعه فيه ممـا بقى، و أصـل هـذا و جـوازه على الشـفعه فكـل مـا بيع بعضه فوجب فيه الشـفعه فهو الملك المجتمع، و كل ما إذا بيع بعضه لم تجب فيه الشفعه لمجاوره كانت أملاكا متفرقه».

قلت: ليس المهم بيان الاتحاد و التعدد، فان العرف كاف فيه، بل المهم بيان اعتبار الاتحاد فى قسمه الإجبار، مع أنه ليس فى شى ء مما وصل إلينا من الأدله جعل ذلك عنوانا للحكم المزبور، و مقتضـى القاعـده المـذكوره الأعم من ذلك، على أنه لم يذكروا حكم المتحد عارضا و المتعدد كذلك، و بالجمله التحقيق ما عرفت.

و منه يعلم الحال أيضا فيما ذكره المصـنف و غيره من أنه لا تقسم الدكاكين المتجاوره فضـلا عن غيرها بعضـها فى بعض قسـمه إجبار، لأنها أملاک متعـدده يقصد كل واحد منها بالسـكنى على انفراده، فهى كالأقرحه المتباعده ضـروره عدم صـلاحيه ذلك للخروج عن مقتضـى القاعده المزبوره، على أنه يمكن أن يقال: إنها واحده، لأن الأصل الأرض، و البناء تابع، فالدكاكين كبيوت الدار، و لعله لذا حكم فى الإرشاد بالجبر، و هو كذلك مع فرض عدم إمكان قسمه كل واحد منها بانفراده، و الله العالم.

[النظر الرابع فى اللواحق]

اشاره

النظر الرابع فى اللواحق و هى ثلاث:

[الأولى إذا ادعى الشريک بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه]

الأولى: إذا ادعى الشريک بعد القسمه الغلط لم تسمع دعواه فإن أقام بينه سمعت و حكم ببطلان القسمه، لأن فائدتها تمييز الحق و لم يحصل، و لو عدمها فالتمس اليمين كان له إن ادعى على شريكه العلم بالغلط.

و فی المسالک «لا فرق فی عدم سماع دعوی الغلط فی القسمه بمجردها بین کون القاسم منصوب الامام (علیه السلام) و من تراضیا به و أنفسهما لأصاله الصحه إلی أن یثبت المزیل، و لأن منصوب الامام (علیه السلام) کالقاضی لا تسمع الدعوی علیه بالظلم، لکن لو أقام بینه سمعت و نقضت القسمه، کما لو أقام البینه علی ظلم القاضی و کذب الشهود» ثم اختار أن له إحلاف الشریک مطلقا و إن لم یدع علیه العلم.

و فی القواعد «و لو ادعی أحد المتقاسمین الغلط علیه و أنه أعطی دون حقه لم تتوجه له الدعوی علی قسام القاضی بغیر الأجر، و لا- له علیه یمین، بل إن أقام بینه سمعت و نقضت القسمه، و إن فقدها کان له إحلاف شریکه، فان حلف بری ء، و إن نکل أحلف هو و نقضت، هذا فی قسمه الإجبار، و أما قسمه التراضی فالأقرب أنه کذلک».

و ربما احتمل اقتضاء المفهوم فی کلامه توجه الدعوی علی القسام إذا کان بأجره، لأنه لیس أمین الحاکم حینئذ، بل هو وکیل المتقاسمین» و أیضا فهو فی محل التهمه فتتوجه علیه الدعوی، و فی کشف اللثام «لم أر هذا لغیره».

و فی الدروس «و لو ادعی الشریک الغلط فی القسمه أو فی التقویم و لا- بینه حلف الآخر» و فی المبسوط «إذا ادعی الغلط فی قسمه التراضی کاختصاص أحدهما بالعلو و الآخر بالسفل أو کان فیها رد أو کانا قد اقتسما بأنفسهما لم یلتفت إلیه، لأنه إن کان مبطلا فظاهر، و إن کان محقا فقد رضی بترک هذه الفضله، و یشکل بإمکان عدم علمه بها حال القسمه، فالوجه السماع حینئذ، قیل و لا تقبل شهاده القاسم إن کان بأجره، و إلا قبلت لعدم التهمه، و لا یحلف قاسم القاضی لأنه حاکم».

و المحکی عن المبسوط أنه لم یسمع دعواه مطلقا من غیر فرق بین

قسمه الإجبار و التراضی و إن كان قد قال فی وجه الأخير: «إنها لم تخل من أحد أمرين: إما أن اقتسما بأنفسهما أو قسم بينهما قاسم لحاكم، فان اقتسما بأنفسهما لا يلتفت إلى قول المدعی، لأنه إن كان مبطلا سقط قوله، و إن كان محقا فقد رضی بترک هذه الفضله، فلا معنی لرجوعه فيها، و إن كان القاسم قاسم الحاكم فمن قال يلزم بالقرعه قال الحكم فيها كقسمه الإجبار، و قد مضی، يعنی لم تقبل، و من قال لا تلزم إلا بتراضيهما بعد القرعه فالحكم كما لو تراضيا من غير حاكم» كما أنه أشار بقوله: «قيل» إلى ما فی التحرير من أن الأقرب ذلک.

ثم قال فيه أيضا: «و لو ادعی أحد الشريكين الغلط فی القسمه و أنه أعطی دون حقه و أنكر الآخر فالقول قول المنكر مع يمينه، و لا تقبل دعوی المدعی إلا بالبينه، فإن أقام شاهدين علی الغلط نقضت القسمه و أعيدت، و إن لم تكن هناک بينه كان له إحلاف الشريک، سواء كانت القسمه تلزم بالقرعه أو تتوقف علی التراضی، كما لو اقتسما بأنفسهما، فإنه تسمع دعواه، و يحلف خصمه أيضا مع عدم البينه، و علی كل تقدير فليس له إحلاف قاسم القاضی علی عدم الغلط، لأنه حاكم، و لو حلف بعض الشركاء و نكل الباقون حلف مدعی الغلط، و أفادت يمينه نقض القسمه فی حق الناكلين دون الحالفين» إلى غير ذلک من كلماتهم فی المقام.

إلا أن ظاهر ما سمعته منها و غيره الاتفاق علی اقتضائها توجه اليمين علی الشريک و إن لم يدع عليه العلم، بل قيل: لم يوجد له موافق علی ذلک إلا ما عساه يفهم من عبارتی المبسوط و المجمع. فما فی الكفايه- من أنه لو ادعی عليه العلم مكن منه علی الأشهر، و إلا ففيه قولان- فی غير محله.

قلت: الظاهر أنه كما ذكر المصنف مع فرض كون القاسم غيرهما،

ضروره عدم اليمين له عليه، خصوصا إذا كان منصوب الامام (عليه السلام) لكونه أمينا لهما، فلا يمين عليه مع فرض عدم التهمه، لأن دعوى الغلط كما هو المفروض غيرها، و ليس له على الشريك اليمين على نفيه بعد أن كانت القسمه فعل غيره.

بل قد يقال: لا يمين له عليه أيضا إذا كانا قد اقتسما بأنفسهما أيضا من دون دعوى العلم، لأن دعواه من دونها لا توجب له حق اليمين على الشريك بعد اعتراف المدعى بكونه غير عالم به، إذ هو معنى الغلط، أى الخطأ بلا قصد، فلا يتوجه له يمين عليه إلا مع دعوى أنك علمت بالغلط الذى وقع منا.

و حينئذ يتجه إطلاق المصنف عدم سماع دعواه مطلقا بدون البينه، على معنى عدم اقتضائها يمينا مطلقا إلا مع دعوى العلم على الشريك، على أن القسمه فيهما من فعلهما المشترک بينهما، و الحلف على نفى فعل الغير إنما هو مع دعوى العلم به عندهم، و حينئذ لا ربط للدعوى المفروضه بالشريک على وجه يكون مدعى عليه حتى يندرج فى

قولهم (عليهم السلام) : «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

إلا مع دعوى علمه بذلک، و بدونها تكون دعوى مجرده عن مدعى عليه، فينحصر طريق ثبوتها بالبينه، كما تسمعه من الإسكافى، فمراد المصنف حينئذ عدم استحقاق المدعى بمجرد هذه الدعوى المفروض عدم اعتراف الشريک بها يمينا له عليه لعدم تعليقها بما يقتضيه على الشريک المفروض اعتراف خصمه بعدم علمه بالغلط المدعى به.

بل الظاهر عدم اقتضائها أيضا لو وجهها على منصوب الامام (عليه السلام) لاقتضائها فسقه بإنكاره، فهى كدعوى العلم بالخطإ على الحاكم،

بل و على منصوبهما المفروض اعترافه بعدم التهمه له فى قسمته، لما عرفت من كون دعوى الغلط الخطأ من غير قصد، و إنما هى بعد ذلك، بمعنى أنه علم بالغلط و أخفاه، و الظاهر أن إقراره بعد ذلك بسبب توجيه اليمين عليه أو نكوله عنه أو رده على المدعى لا يقتضى بطلان القسمه التى هى متعلق حق الغير، و لو أن هذا الإقرار يجدى فى البطلان لكان الإقرار بعدم الغلط مجديا فى الصحه، نعم ربما يكون لليمين فائده عدم استحقاق الأجره أو الغرم أو نحو ذلك، و هو غير المفروض الذى هو انتقاض القسمه، فتأمل.

و بذلك يظهر لك النظر فى جمله من الكلمات السابقه بل و غيرها مما لم ننقله أيضا فلاحظ و تأمل.

نعم ما يحكى عن أبى على قد يظهر منه موافقته المصنف، قال:

«و لو ادعى أحد الشركاء غلطا لم تنقض القسمه حتى يقيم المدعى البينه بالغلط» بل يمكن تقييد إطلاق اليمين فى العبارات السابقه بما إذا ادعى العلم أو بالمستفاد من عباره التحرير، و هو فرض إنكار الخصم بالتصريح بعدم الغلط فى وجوب الدعوى، و حينئذ يتوجه له اليمين عليه، لتحقق الإنكار حينئذ، و هو غير المفروض فى عباره المتن الذى هو مجرد دعوى الغلط، فتأمل جيدا فإنه دقيق.

ثم لا يخفى عليك أن ما فى التحرير من قبول شهاده القاسم إذا لم يكن بأجره لا يخلو من نظر، كما يشعر به نسبته إلى القيل فى الدروس من حيث رجوعها إلى أنها شهاده على فعل نفسه، فتخرج عن المنساق من موضوع الشهاده من غير فرق بين الأجره و عدمها، نعم يبقى قبول إخباره من حيث كونه أمينا، و هو غير الشهاده، و لا تفاوت فيه بين الأجره و عدمها على الظاهر، نعم ما ذكره من اختصاص الناكلين من

الشركاء حيث يتوجه عليهم اليمين ببطلان القسمه فى حقهم بعد حلف المدعى اليمين المردوده على الأصح جيد و إن حكى عن الشهيد فى بعض فوائده بطلان أصل القسمه، لأنها شى ء واحد فلا تتبعض، إذ هو كما ترى، ضروره إمكان تعددها فى الظاهر بالنسبه إلى أحكامها و إن اتحدت فى الواقع، كما فى سائر النظائر، و الله العالم.

[الثانيه إذا اقتسما ثم ظهر البعض مستحقا فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمه]

الثانيه: إذا اقتسما مثلا ثم ظهر البعض مستحقا فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمه بلا خلاف بل و لا إشكال لبقاء الشركه حينئذ فى النصيب الآخر لعدم التعديل و لو كان فيهما بالسويه لم تبطل بلا خلاف أيضا و لا إشكال لأن فائده القسمه باق، و هو إفراز كل واحد من الحقين بعد إخراج المستحق، نعم عن بعض العامه احتمال البطلان لتبعض الصفقه، من غير فرق فى ذلك بين اتحاد جهه الاستحقاق و تعددها و بين اتحاد المستحق و تعدده.

نعم ينبغى تقييد ذلك بما إذا لم يحدث نقصا فى حصه أحدهما خاصه بأخذه و لم يظهر به تفاوت بين الحصتين، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوئه، فإن القسمه حينئذ باطله، لبطلان التعديل.

و منه يعلم قوه بطلانها لو ظهر فى نصيب أحدهما عيب لم يعلم قبل القسمه، لفقد التعديل، لكن ظاهر التحرير التخيير بين فسخها و بين الرجوع بالأرش كالبيع، و هو مشكل خصوصا مع القول بعدم قابليتها للفسخ، بل متى صحت لزمت و لا تعود إلا بسبب جديد مقتض للشركه، فما فى القواعد من جريانه فيها إذا اتفقا عليه محل نظر و تأمل، إذ ليس فى أدله الإقاله ما يقتضى مشروعيتها فى فسخ سبب الافراز و التعيين كى يخرج به عن الأصل، و الله العالم.

و لو كان المستحق فيهما معا لكن لا بالسويه

بطلت القسمه أيضا لتحقق الشركه كما هو واضح.

و على كل حال فلا يضمن أحدهما درك ما يحدثه الآخر من غرس أو بناء لو ظهر الاستحقاق، لعدم كون القسمه بيعا عندنا. و كذا لا يضمن له العيب المتجدد فى الثلاثه.

و إن كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان: أحدهما لا تبطل فيما زاد عن المستحق، و الثانى تبطل، لأنها وقعت من دون إذن الشريک حتى لو كانت الإشاعه فى نصيب أحدهما خاصه و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده.

و لا فرق فى جميع ما سمعت بين أن يكونا عالمين بالاستحقاق أو جاهلين أو أحدهما جاهلا دون الآخر، فان القسمه مع العلم بالاستحقاق المبطل للتعديل لا يدل على انتقال نصيب أحدهما أو شى ء منه إلى الآخر انتقالا لازما، و غايه ما يلزم العلم رضا أحدهما بنقصان نصيبه مع سلامه المستحق له.

هذا و ربما ظهر من تعليل المصنف و غيره الصحه مع الاذن على أن تكون حصته مشاعه معهما، و حينئذ فلحوقها كاف. و أولى منه بذلک لو ظهر تعدد الشركاء فى السهمين مثلا و رضوا بما وقع من القسمه، إذ الظاهر جريان الفضوليه فيها.

كما أن الظاهر جواز القسمه مع التراضى بينهم بإفراز حصه جمله من الشركاء عن جمله أخرى، فإذا أراد أحد الفريقين تمييز سهامهم اقتسموا بينهم قسمه أخرى و هكذا، بل و غير ذلک من الصور المتصوره فى المقام حتى ما أشرنا إليه من القسمه بين الشريكين و بقاء الثالث على الإشاعه فى نصيب كل منهما، فإنه و إن لم يتميز حقه بالخصوص كما أنه لم يتميز حق كل منهما عن تمام الشركه و لكن تميزهما عن الآخر و انقطاع

شرکه الثالث عن المجموع کاف فی صحتها المستفاده من مشروعیه ما تعینه القسمه من المقطوع به کتابا(۱)و سنه(۲)و إجماعا، فکلما لم یعلم فساده محکوم بصحته علی نحو ما عرفته فی غیرها.

و تعریفها بأنها تمییز الحقوق لا یقتضی اشتراط صحتها بوقوعها علی ما یقتضی إفراز کل سهم و إن رضی الشرکاء باجتماع بعض مع بعض و بقاء سهم بعضهم مشاعا مع کل واحد من المقتسمین، بل فی بعض أدله القرعه(۳)ما یقتضی شرعیتها فی القسمه مشاعا مرات متعدده.

بل کلامهم کالصریح فی قسمه مختلف السهام بجواز اقتضاء القرعه خروج سهم أحدهم و بقاء الباقی علی الإشاعه، و بجواز ما سمعته من الصور المشتمله علی الاحتراز عن التفرق فی الملک، و غیر ذلک مما یقتضی البناء علی الأصل المزبور فی مشروعیه القسمه حتی یعلم الفساد، لا أن المشروع منها مجمل فکلما شک فیه یبقی علی أصل الاشتراک، و إلا لأشکل الحال فی کثیر من صورها المصرح بجوازها مع التراضی مثل قسمه العبدین الخسیس و النفیس المقتضیه لبقاء الإشاعه فی النفیس دون الخسیس و غیرها من الصور، و الله العالم.

[الثالثه لو قسم الورثه ترکه ثم ظهر علی المیت دین فلا ریب فی صحه القسمه]

الثالثه: لو قسم الورثه ترکه ثم ظهر علی المیت دین فلا- ریب فی صحه القسمه و إن کان الدین مستوعبا، بل مع العلم بوجود الدین بناء علی المختار من کونها ملکا لهم معه، و تعلق حق الدین بها لا ینافی صحه القسمه و إن بیع نصیب الممتنع منهم من وفائه،

۱- ۱ سوره النساء: ۴- الآیه ۸ و سوره القمر: ۵۴- الآیه ۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲ و ۷- من کتاب الشفعه.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب الأطعمه المحرمه- الحدیث ۱ و ۴ من کتاب الأطعمه و الأشربه.

إذ هو كما تعلق بها مع كليه سهم الوارث يتعلق بها مع تشخصه.

و حينئذ فقول المصنف فان قام الورثه بالدين لم تبطل القسمه، و إن امتنعوا نقضت، و قضى منها الدين لا يخلو من إشكال، و كذا ما فى الدروس «لو اقتسم الورثه ثم ظهر دين و امتنعوا من أدائه نقضت القسمه، و لو امتنع بعضهم بيع نصيبه» بل و ما فى القواعد «و لو قسم الورثه التركه و ظهر دين فإن أدوه من مالهم و إلا بطلت القسمه، و لو امتنع بعضهم من الأداء بيع من نصيبه خاصه بقدر ما يخصه من الدين، و لو اقتسموا البعض و كان فى الباقى وفاء أخرج منه الدين، فان تلفت قبل أدائه كان الدين فى المقسوم إن لم تؤد الورثه».

اللهم إلا أن يريدوا بالنقض ما ذكروه من البيع كما هو ظاهر المسالك أو صريحها لإفساد القسمه و رجوع المال إلى الإشاعه، و إلا لاتجه بطلانها أيضا بامتناع البعض، ضروره اقتضاء فسادها فى البعض فسادها فى الجميع، كما هو واضح.

نعم قد يشكل أصل جوازها مع استيعاب الدين بناء على مختاره من كونها على حكم مال الميت بأنه ليس للورثه حينئذ القسمه، لعدم الملك لهم، كما اختاره فى كشف اللثام، بل و مع عدم الاستيعاب بناء على بقاء ما قابل الدين منها مشاعا على حكم مال الميت.

لكن قد يجاب عن ذلک باكتفاء هؤلاء بتعلق حق الوارث بها فى جواز القسمه التى هى غير منافيه لتعلق حق الدين فتأمل.

و لو ظهرت وصيه تمليكيه بعد القسمه ففى المسالک «فان كانت بمال فهو كما ظهر دين، و إن كانت بجزء شائع أو بعينه فعلى ما ذكرنا فى ظهور الاستحقاق» و سبقه إلى ذلک فى الدروس «و الوصيه بجزء من المقسوم تبطل القسمه، بخلاف الوصيه بالمال المطلق، فإنها كالدين»

و سبقه إليه أيضا فى القواعد «و لو ظهرت وصيه بجزء من المقسوم فكالمستحق، و إن كانت بمال فكالدين».

و فيه أن الأول يتم إن لم نقل برجوعه إلى الإشاعه فى التركه و إلا أشكل الصحه حينئذ، ضروره كونه حينئذ كالقسمه مع الوصيه بجزء مشاع فى البطلان، لعدم إذن الشريك، بل يمكن البطلان بناء على أنه كلى فى التركه نحو الصاع من الصبره فى أحد الاحتمالين، لأنه ليس كالدين فى الذمه، بل هو كلى فى التركه، فلا تجوز القسمه بدون إذن الموصى له، لأنه مالك للمقسوم فى الجمله، إذ الكلى موجود بوجود أفراده، بل لا يعقل ملك الكلى فى الخارج، و لا محل له. و بذلك يفترق عن الدين الذى محله الذمه و إنما تعلق فى التركه استحقاق الغرماء.

اللهم إلا أن يقال: إنه باعتبار كون الموصى به كليا و لكن تعيين الفرد بيد الوارث فلا ينافى صحه القسمه حينئذ مع قيام الوارث بدفع الفرد منها و لو موزعا على الأنصباء، نحو ما سمعته فى الدين، كما لا يمنع البائع من بيع باقى الصبره قبل دفع الصاع منها على المشترى بناء على أنه كلى منها، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيها معا من التأمل، و الله العالم.

و من اللواحق أيضا أنه لو أخذ أحد الشريكين بيتا فى دار و الآخر غيره و بيت الأول يجرى ماؤه فى حصه الثانى لم يكن للثانى منعه من الجريان عليه، فان التعديل قد كان بأن يكون لكل منهما حصه بحقوقها، إلا أن يشترط حين القسمه رد الماء عنه، فإن أطلق بقى على حاله.

و لو وقع الطريق لأحدهما و كان لحصه الآخر منفذ و طريق إلى الدرب صحت القسمه و إلا بطلت، لانتفاء التعديل إلا أن يجعل عليه مجازا فى حصته أو يشترط سقوط المجاز، خلافا لما عن القاضى من بطلان اشتراط سقوط المجاز.

و لو كان مسلك البيت الواقع لأحدهما فى نصيب الآخر من الدار فهو كمجرى الماء.

و منها أن لولى الطفل و المجنون المطالبه بالقسمه، لكن فى القواعد «مع الغبطه لهما» و عليه الحصه من أجره القسمه من مال المولى عليه لا بدونها» بل فى كشف اللثام «و إن انتفت المفسده و اكتفينا فى تصرفات الولى بانتفائها، فان الإجبار بمجرده غير معلوم» و إن كان فيه بحث.

و إن طلب الشريك القسمه و انتفى الضرر أجبر الولى عليها و إن كانت الغبطه فى الشركه، للقاعده السابقه، و عليه الحصه من الأجره من مال المولى عليه، و عن التحرير احتمال العدم، لأن أخذ الأجره من ماله- و لا غبطه له- إجحاف.

و أما الكلام فى المهاياه و قسمه الوقف فقد تقدم الكلام فيهما فى كتاب الشركه(۱)و الله العالم.

[النظر الرابع فى أحكام الدعاوى]

اشاره

النظر الرابع فى أحكام الدعاوى و هى تستدعى بيان مقدمه و مقاصد،

[أما المقدمه فتشتمل على فصلين]

اشاره

أما المقدمه فتشتمل على فصلين:

۱- ۱ راجع ج ۲۶ ص ۳۱۳ و ۳۱۵.

[الفصل الأول فی المدعی]

الأول: فی المدعی الذی قد استفاض فی النصوص(۱)أن البینه علیه، کما استفاض(۲)کون الیمین علی المدعی علیه، و من أنکر کما فی بعض النصوص(۳).

و علی کل حال فالمرجع فیهما العرف علی حسب غیرهما من الألفاظ التی لم تثبت لها حقیقه شرعیه و لا قرینه علی إراده معنی مجازی خاص، و ما عن بعض الناس من ثبوتها فی المدعی واضح الفساد، نعم ربما ثبت حکم المنکر للمدعی کما فی دعوی الرد للودعی و غیره، لا أنه یکون بذلک مدعی علیه، فلا مرجع حینئذ إلا العرف الذی لا اشتباه فیه فی کثیر من أفراده بل جمیعها، و لعله لذا اقتصر فی الصحاح علی قوله: «ادعیت علی فلان کذا، و الاسم الدعوی» و مع فرض الاشتباه ینحصر الإثبات بالبینه التی هی حجه شرعیه، و مع فرض تعارضها تلتمس المرجحات و إلا فالقرعه کما ستعرف.

و حینئذ فالواقع من المصنف و غیره بل قیل: إنه المشهور من تفسیره بأنه هو الذی یترک لو ترک الخصومه أی سکت عنه لو سکت عنها لا یراد منه إلا الإشاره إلی تمیز معناه العرفی فی الجمله، نحو التعاریف اللفظیه، فلا یناقش بعدم الانعکاس أو عدم الاطراد، ضروره عدم کون ذلک معنی للمدعی المراد به هنا من قام به إنشاء الدعوی التی هی الاخبار الجازم المقتضی لترتب الحق علی الغیر أو الخروج من الحق الذی له علیه، و إنما هو من لوازم الدعوی الأولی، بخلاف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۳.

الثانیه التی هی نحو دعوی الإعسار و الوفاء و رد المغصوب و الودیعه و نحوهما مما لا یترک عن المطالبه بالحق لو ترک الدعوی بذلک. و قد اعترف به فی المسالک فی دعوی الرد من الأمین و إن اشتبه بذکر ذلک فی وجه کونه مدعیا.

و من ذلک یعلم ما فی کلام جماعه أن هذا التفسیر هو المتبادر المتناسب لما ذکره غیر واحد من کون الدعوی بمعنی الطلب الذی منه «وَ لَهُمْ ما یَدَّعُونَ»(۱).

مضافا إلی معلومیه التغایر بین الدعوی بمعنی التداعی الذی هو المخاصمه و بینها بمعنی التمنی، و إلی عدم انطباقه علی دعوی الزوج عدم التصرف بالزوجه مع الخلوه، فإنه مدع عندهم و لا یترک لو ترک هذه الدعوی، فإن الزوجه تطالبه بتمام المهر بدعوی دخوله بها، و الفرض أن القول قولها معها.

و لعله لذا قیل: إن المدعی هو الذی یدعی خلاف الأصل، أو أمرا خفیا منافیا للظاهر الشرعی، فإنه حینئذ أشمل من الأول، لاندراج دعوی الحق له و الخروج عما علیه فیه، لکونهما معا مخالفین للأصل، و اندراج دعوی ما یخالف الظاهر شرعا فیه أیضا، و عن بعضهم حکایه التفسیر بالمعطوف خاصه عن بعض و بالمعطوف علیه خاصه عن آخر، و حینئذ تکون الأقوال الأربعه.

لکن ظاهر المصنف و النافع و غیره انحصار الخلاف فی قولین، و لعله لأن دعوی تفسیره بالأخیر خاصه مما لا ینبغی صدوره، ضروره عدم منافاه أکثر الدعاوی للظاهر الذی هو مقتضی العاده و نحوها، لا أن المراد به و لو من جهه الأصل الذی لم یعهد التعبیر به، بل فی الغالب

۱- ۱ سوره یس: ۳۶- الآیه ۵۷.

يجعل مقابلا للأصل، و كذا تفسيره بالمعطوف عليه. فإنه مناف لما يخالف الظاهر و كيف عرفناه فالمنكر فى مقابلته.

و على كل حال لا يخفى عليك أيضا أنه ليس شى ء منها منطبقا على معنى المدعى الذى قد عرفت، و إنما المراد بتعريفه بذلك التمييز بذكر شى ء من خواصه اللازمه أو الغالبه و إن خرجت عن مفهومه.

مع أنه قد يناقش أيضا بأن فيه إجمالا، لأنه إن كان المراد مخالفه مقتضى كل أصل بالنسبه إلى تلك الدعوى فلا ريب فى بطلانه، ضروره أعميه المدعى من المخالفه للأصل، فان كثيرا من أفراده موافقه لأصل العدم و غيره، و لكنها مخالفه لأصل الصحه و نحوه، و إن أريد مخالفه أصل فى الجمله فلا تمييز فيه عن المنكر الذى قد يخالف أصلا من الأصول.

و أما تمييزه بمخالفته الظاهر فالظاهر إراده إدراج ما ثبت فى الأدله الشرعيه من تقديم قول مدعى الظاهر بيمينه فى مقامات خاصه، فيكون المخالف له حينئذ مدعيا، و من هنا كان الوجه ذكر ذلك منضما إلى دعوى مخالفه الأصل فى تفسير المدعى لا مقتصرا عليه، لخلو كثير من الدعاوى عنه.

و حينئذ قد يقال: إن ذلك ليس بأولى من القول بأنه من قبول دعوى المدعى بيمينه للدليل، نحو ما ذكروه فى دعوى الرد من الودعى، و دعوى التلف من الأمين و نحو ذلك، بل هذا أولى، ضروره صدق كون المرأه هى المدعيه لدخول الزوج بها مع الخلوه، و كذا غير ذلك من المقامات التى ثبت من الأدله تقديم موافق الظاهر على مخالفه حتى مدعى الصحه على مدعى الفساد الذى هو مقتضى الأصول العقليه.

و بذلك ظهر لك أنه ليس مدار المدعى و المدعى عليه عرفا من يقدم قوله بيمينه و من يطلب منه البينه، فإنه قد يكون مدعيا عرفا و يقبل قوله بيمينه.

كما أنه ظهر لك صدق المدعى عرفا مع موافقته الأصل و الظاهر، بل و لا يترك إذا ترك.

كل ذلك مع شده الخفاء فى تفسير المدعى بأنه الذى يدعى أمرا خفيا، ضروره عدم تفاوت الخفى و الظاهر فى صدق المدعى و المدعى عليه.

و أعظم من ذلك كله أنهم جعلوا هذه التعاريف المتعدده اختلافا من ذويها فى معنى المدعى، حتى أنهم رتبوا الأحكام عليها عند اختلاف مقتضاها الذى ذكروا مثاله اختلاف الزوجين قبل الدخول إذا أسلما فى معيه الإسلام و تعاقبه و نحو ذلك.

فقال فى القواعد: «المدعى هو الذى يترك لو ترك الخصومه، أو الذى يدعى خلاف الظاهر أو خلاف الأصل، و المنكر فى مقابلته، و لو أسلما قبل الوطء فادعى الزوج التقارن فالنكاح دائم، و ادعت التعاقب فالزوج هو الذى لا يترك و سكوته، و المرأه تدعى الظاهر، و هو التعاقب، لبعد التقارن، ففى تقديم قول أحدهما احتمال».

و فى الدروس «المدعى هو الذى يخلى و سكوته، أو يخالف الأصل أو الظاهر، و المنكر بإزائه، و الفائده فى مثل دعوى الزوج تقارن الإسلام قبل المسيس و المرأه تعاقبه، فعلى الظاهر الزوج مدع، و على التخليه هى، لأنها لو سكتت لم يتعرض الزوج و استمر النكاح، و الزوج لا يخلى، و كذا على مخالفه الأصل، و فى دعوى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما و إنكارها».

و على هذا المنوال جرى ثانى الشهيدين فى المسالك و الروضه و الأردبيلى فى مجمع البرهان و الأصبهانى فى كشفه و السيد فى رياضه و غيرهم.

و الأصل فى ذلك الشافعى، قال فى الروضه للرافعى: «فى معرفه المدعى و المدعى عليه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعى فى مسأله

إسلام الزوجين، أظهرهما عند الجمهور أن المدعى من يدعى أمرا خفيا يخالف الظاهر، و الثانى من لو سكت خلى و سكوته و لم يطالب بشى ء، فإذا ادعى زيد دينا فى ذمه عمرو أو عينا فى يده فأنكر فزيد هو الذى لو سكت ترك، و هو الذى يذكر خلاف الظاهر- إلى أن قال-: فزيد مدع بمقتضى القولين، و عمرو مدعى عليه، و لا يختلف موجبهما غالبا، و قد يختلف، كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قالت: بل على التعاقب و لا نكاح، فان قلنا: إن المدعى من لو سكت ترك فالمرأه مدعيه، فيحلف و يستمر النكاح، و إن قلنا بالأظهر فالزوج مدع، لأن ما يزعمه خلاف الظاهر، و هى مدعى عليها، فتحلف و يرتفع النكاح» إلى آخر ما ذكر مما هو مسطور فى كلمات الأصحاب، خصوصا المسالك منها.

و الذى يظهر أن المدعى و المدعى عليه معنى واحد، و ليس هذا اختلافا فى معناهما على وجه يوجب اختلاف الأحكام، و إنما ذكروا تعريفه ببعض الخواص لإراده التمييز فى الجمله، و إلا فمن المقطوع أنه ليس بشى ء منها معنى المدعى، و خصوصا المراد به هنا، و هو الذى من التداعى بمعنى المخاصمه، و لعله لذا جعله فى اللمعه من كيفيه الحكم، و ربما كان هو المومى إليه ب

قوله (عليه السلام)(۱)«استخراج الحقوق بأربعه»

و بقوله (عليه السلام)(۲): «بالقضاء بالشاهد و اليمين فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۴.

۲- ۲ الظاهر أنه قده أراد به ما فى صحيح محمد بن مسلم المروى فى الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۲ حيث قال عليه السلام: «لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز و جل أو رؤيه الهلال فلا» و لم نجد نص ما ذكره قده بعينه فى الأخبار.

حقوق الناس دون حقوق الله».

و حینئذ فالمراد به الذی قام به إنشاء الخصومه فی حق له أو خروج من حق علیه، سواء وافق الظاهر و الأصل بذلک أو خالفهما، و سواء ترک مع سکوته أو لم یترک، فان المدعی عرفا لا یختلف باختلاف ذلک.

و حینئذ ففی مسأله الإسلام کل من الزوج و الزوجه مدعی لو کان مصب دعواهما ذلک، و الزوجه خاصه مدعیه لو کان دعواها انفساخ النکاح و الزوج بقاؤه و بالعکس.

و کیف کان فالرجوع إلی العرف فی مصداقهما أولی من ذلک کله، و لعله لا اشتباه فیه بعد امتیاز خصوص الدعوی بین المتخاصمین، نعم قد یقدم قول المدعی بیمینه فی مقامات کثیره للأدله الخاصه، و ذلک لا یخرجه عن کونه مدعیا، و إنما یخرج عن الحکم بأن علیه البینه، و لیس کل من قدم قوله بیمینه منکرا، و کل من طلب منه البینه مدعیا. و من ذلک دعوی الودعی رد الودیعه و دعوی الأمین تلف المال و غیر ذلک، بل لعل منه تقدیم قول مدعی الصحه، فإنه مدع، و لکن قدم قوله بیمینه، فتأمل فإنه بما ذکرنا یظهر لک النظر فی کلمات کثیره فی المقام، و الله الهادی.

و کیف کان فلا خلاف فی أنه یشترط فیه أی المدعی البلوغ و العقل، و أن یدعی لنفسه أو لمن له ولایه الدعوی عنه، و ما یصح منه تملکه، فهذه قیود أربعه، فلا تسمع دعوی الصغیر و لا المجنون بلا خلاف أجده فیه کما اعترف به بعضهم، بل هو إجماع مضافا إلی انسیاق غیرهما من الأدله، بل الدعوی أیضا إنشاء یترتب علیه أحکام، و عبارته مسلوبه عنه، کغیرها من الإنشاءات، لاتفاق النص(۱)الفتوی علی أنه لا یجوز أمره حتی یبلغ.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب مقدمه العبادات الحدیث ۲.

و لا- دعواه ما لا لغيره إلا أن يكون وكيلا أو وصيا أو وليا كالأب و الجد أو حاكما أو أمينا لحاكم بلا خلاف أجده فى حكم المستثنى منه، لأصاله عدم وجوب الجواب لغيرهم ممن لا حق له، لكن قد يشكل بالمرتهن و الودعى و المستعير و الملتقط و نحوهم، فان التزام عدم سماع دعواهم على وجه لا تقبل منهم البينه

على من غصب منهم ذلک مثلا كما ترى، و لا يندرج أحد منهم فى أحد هؤلاء، اللهم إلا أن يدعى اندراجهم فى الولى فى المتن بدعوى عموم الولايه لمثل ذلک.

لكن فيه أن غير المصنف قد صرح بإراده الأب و الجد من الولى، أو يقال: إن المراد نفى سماع دعوى المال لغيرهم، لا نفى سماعها من حيث حق العاريه و الرهانه مثلا، كما أنه قد يشكل أيضا بدعوى المحتسبين أموال الأطفال و المجانين مثلا، فان عدم سماع دعواهم مشكل، و اندراجهم فى أحد هؤلاء أشكل، اللهم إلا أن يتوكلوا من الولى الذى هو غير عالم بالحال، و مع فرض عدم وجوده يكون المحتسب وليا.

و لا فى حكم المستثنى و إن قال بعض مشايخنا: «لا يحلف الولى و لا يحلف، إذ لا فائده للمولى عليه فى ذلک، إذ لعله إذا بلغ صالح» و فيه أن عموم الولايه يقتضى أن له التحليف الذى هو حق من حقوقه فله استيفاؤه، على أنه قد تقتضى المصلحه ذلک أيضا.

و كذا لا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا و نحوهما مما لا يصح تملكه له، نعم لا بأس بدعوى استحقاق ثمنها حال عدم الإسلام.

و لا بد فى السماع أيضا من كون الدعوى صحيحه فى نفسها، فلا تسمع دعوى المحال عقلا أو عاده أو شرعا لازمه أى ملزمه للمدعى عليه فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و كذا لو ادعى رهنا أو وقفا بناء على اعتبار القبض فى الصحه، إذ

لا حق له علیه بدونه، و فی کشف اللثام «فإن الإنکار فیما لم یلزم رجوع، أو لأنه مع الإثبات لا یجبر علی التسلیم» و فی الأول منع واضح، و فی الدروس التعبیر عن ذلک بقوله: «و کل دعوی ملزمه معلومه فهی مسموعه، فلا تسمع دعوی الهبه من دون الإقباض، و کذا الرهن عند مشترطه فیهما، و لا البیع من دون قوله: و یلزمک تسلیمه إلی، لجواز الفسخ بخیار المجلس».

و کیف کان فلا أجد خلافا بینهم فی الحکم المزبور، بل و لا إشکالا.

نعم عن الأردبیلی «ما المانع من أن یدعی الصحه أولا فیثبتها و یدعی اللزوم، ثم إنه یرد علیهم مثله فیما إذا ضم إلیها دعوی القبض، إذ لعل الموهوب له أجنبی، علی أنه یرد مثله فی دعوی البیع، إذ علی هذا لا بد من دعوی انقضاء المجلس أو الأیام الثلاثه فی الحیوان و لا قائل به.

و فیه أن الصحه بدون القبض لیس حقا لازما للمدعی علیه، ضروره رجوع ذلک إلی التهیؤ للصحه مع تمام ما یعتبر فیها، و هبه الأجنبی مع القبض صحیحه، و یترتب علیها الأثر و إن جاز له الفسخ، فان المراد باللازمه المقتضیه للاستحقاق علی المدعی علیه، لا کون المدعی به أمرا لازما علی وجه لا یکون به خیار للمدعی علیه، و ما سمعته من الدروس إنما یراد به إتمام الدعوی بما تکون به حقا لازما للمدعی علیه، إذ یمکن مع البیع الفسخ بخیار أو إقاله أو غیر ذلک، فیحتاج إلی التتمه المزبوره لیثبت الاستحقاق، لا أن المراد اعتبار اللزوم فی صحه دعوی البیع.

و منه یعلم النظر فی ما بقی من کلامه نعم قد یقال: إن المنساق من الهبه المقبوضه، فیکفی فی صحه دعواها حینئذ، و کذا الرهن و الوقف و لکن فیه منع، و علی تقدیره فهو بحث لفظی، و الله العالم.

و لو ادعی المنکر فسق الحاکم أو الشهود و لا بینه فادعی علم المشهود له ففی توجه الیمین علی نفی العلم تردد کما عن التحریر و الإرشاد

و غایه المراد أشبهه عدم التوجه کما فی الدروس و المسالک و محکی الإیضاح و غیره لأنه أی المدعی به لیس حقا لازما للمدعی علیه و قد عرفت اعتباره فی سماع الدعوی ف لا- تثبت الدعوی المزبوره حینئذ بالنکول علی القول بالقضاء به و لا بالیمین المردوده علی القول الآخر، و لأنه أی القول بتوجه الیمین یثیر فسادا و هو اجتراء الناس علی تحلیف کل من حکم له أو شهد له، بل هو کالدعوی علی الشهود بالکذب بل و الحاکم بالفسق الذی هو مناف لمنصب الحکومه الذی قد عرفت سابقا عدم سماع الدعوی علیه بفسق أو جور إلا بالبینه.

و ربما علل بعضهم الحکم المزبور بعدم ثبوته بالنکول و الیمین المردوده، و ظاهره المفروغیه منه، بل ربما فسر عباره المتن بذلک بعد إبدال الفاء بالواو، و مقتضاه حینئذ عدم بطلان الحکم بالعلم بالفسق من المدعی و إن کان لو أقر بذلک بطل الحکم فی حقه، لعموم دلیل الإقرار، بخلاف العلم بالفسق و استحلاله المال، لکون المفروض العلم واقعا أنه ماله، نعم لو کان طریقه إلیه شهاده الشهود مثلا و کان عالما بفسقهم لم یحل له، فتأمل جیدا.

و لکن قد یناقش بمنعه أولا- بعد فرض توجه الیمین له، و بعدم التلازم بین توجه الیمین و استحقاق رده، کما فی کثیر من المواضع، بل قد یناقش فی أصل عدم توجه الیمین، لإطلاق

«البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه»(۱)

و بأن له حقا یترتب علیه إذا أقر بذلک، و یکفی ذلک فی کونه حقا لازما.

و من هنا مال الأردبیلی (قدس سره) إلی توجه الیمین فی غیر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم.

دعوى العلم بفسق الحاكم لما فيه من الفساد، كدعوى كذب الشهود و جوره.

و فيه أن الفساد بالدعوى على الحاكم، أما الدعوى على غيره فلا فساد فيه، على أن دعوى الجرح لا فساد فيها، بل عن العلامه توجه اليمين فى الدعوى على الشهود بالكذب- و إن كان هو كما ترى- مناف لمذاق الشرع.

و كذا لو التمس المنكر يمين المدعى منضمه إلى الشهاده لم تجب إجابته، لنهوض البينه بثبوت الحق فلا دعوى له عليه بحق لازم بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى النص(۱)من غير فرق فى ذلك بين العين و الدين، و قد تقدم الكلام فيه سابقا.

لكن فى القواعد مع ذكر الحكم المزبور قال: «و لو التمس المنكر بعد إقامه البينه عليه إحلاف المدعى على الاستحقاق أجيب إليه و لو التمس المنكر يمين المدعى مع الشهاده لم يلزم إجابته».

و يمكن أن يريد فى الأول الحلف على الدين بعد دعوى البراءه منه، إذ التماس الإحلاف دليل على ذلك، أو المراد أنه لو ادعى أنه أقرضه مثلا مائه درهم و شهدت البينه على التسليم دون الثبوت فى الذمه فالتمس المنكر الحلف على الاستحقاق أو اليمين على الاستحقاق فعلا الذى شهدت البينه على أصله، نحو

يمين الاستظهار الذى يمكن من فحواه الاستدلال على المقام و إن فرق بينهما بتوقف الإجابه هنا على سؤال المنكر بخلافه فى الاستظهار، و لعل

قول أمير المؤمنين (عليه السلام) لشريح(۲): «و رد اليمين على المدعى مع بينته، فان ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء»

محمول على نحو الفرض.

و عن المبسوط «و كيف يحلف؟ قال قوم: يحلف ما اقتضاه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱ و ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب آداب القاضى- الحديث ۱.

و لا شيئا منه، و لا اقتضى له و لا شى ء منه، و لا أجال به و لا بشى ء منه، و لا أبرأه و لا عن شى ء منه، و أن حقه لثابت، و لا اقتضى له مقتض بغير أمره فأوصل إليه، قال: فان ادعى أنه قد أبرأه منه أو قد أجال به لم يحلف المدعى عليه على أكثر من الذى ادعاه عليه، و إن كانت الدعوى مبهمه فقال: ما له قبلى حق أو قد برئت ذمتى من حقه احتاج إلى هذه الألفاظ كلها حتى يأتى بجميع جهات البراءه، و من الناس من قال: أى شى ء ادعى، فان المدعى عليه يحلف ما برئت ذمتك من دينى فإذا قال هذا أجزأه، لأنها لفظه تأتى على كل الجهات، فإن الذمه إذا كانت مشغوله بالدين أجزأه أن يقول ما برئت ذمتك من حقى، و هذا القدر عندنا جائز كاف و الأول أحوط و آكد، فأما قوله و إن حقى لثابت فلا خلاف أنه ليس بشرط» انتهى.

و ظاهر أول كلامه الموافقه على الحلف على الاستحقاق من دون دعوى البراءه أو غير ذلك مما لا ينافى الحكم الأول الذى لم يخالف فيه هو و لا غيره منا، كما هو واضح.

فى الثانى الشهاده على العين الذى لم يخالف فيه إلا التبعى و النخعى و شريح و ابن أبى ليلى من العامه، لأن الشهاده فيها على الملك الفعلى كى تصلح معارضه لليد، فلا تحتاج إلى يمين، و الله العالم.

و كيف كان ف فى الإلزام بالجواب عن دعوى الإقرار تردد منشأه أن الإقرار لا يثبت حقا فى نفس الأمر فلا توجب دعواه حقا لازما للمدعى عليه بل إذا ثبت قضى به ظاهرا فينحصر طريقه بالبينه حينئذ، و أنه ينتفع به مع التصديق به فى حق لازم، فإنه إذا أقر بإقراره ثبت الحق.

لكن فى القواعد و المسالك و محكى الإيضاح و غايه المرام أن الأقرب

الثانی، و لعله کـذلک لأن المـدار علی ثبوت الحق ظاهرا، فنکوله عن ذلک یثبت علیه الحق، أو مع یمین المدعی الذی یجوز له الحلف علیه و الأخذ به و إن لم یعلم استحقاقه من غیر جهه إقراره الذی له الأخذ به ما لم یعلم کذبه، لجواز استناده إلی سبب لا یعلم به، و لأنه إذا سمعت دعواه بالبینه توجه له الیمین علی عدمها، لعموم

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه».

نعم قـد یقـال بعـدم إلزامه بـالیمین علی نفی ذلک بخصوصه إذا بـذل الیمین علی براءه ذمته الـذی یأتی علی ذلک کله، نحو ما تسـمعه فی عـدم إلزامه بجـواب دعـوی أنه أقرضه أو بـاعه بثمن فی ذمته أو نحـو ذلـک، معللین له بإمکـان أدائه له و العجز عن إثباته، فیکفی جوابه ببراءه ذمته مما یدعیه علیه، فإنه یأتی علی ذلک کله، و مثله آت هنا.

اللهم إلاـ أن یفرق بأن الـدعوی فی الأول الشـغل بسـبب فی الواقع، فیکفی فی جوابه نفی الواقع بخلاف الثانی، فإن الـدعوی فیه بصدور سبب من المدعی علیه یؤخذ به و إن لم یعلم الواقع.

و فیه أن الإقرار کما یؤخذ بظاهره و إن لم یعلم صحته و قد ادعاه علی خصمه کذلک البیع علیه مثلا له الأخذ بظاهره أیضا ما لم یعلم فساده و قد ادعاه علی

خصمه، فکما لا یلزم هناک الجواب بنفی البیع و یکفیه الجواب ببراءه الذمه کذلک هنا، فتأمل.

و لاـ تفتقر صـحه الـدعوی إلی الکشف عن الأسـباب فی الأملاـک المطلقه عینـا کانت أو دینا بلا خلاف کما عن المبسوط، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل قیل لا مخالف فیه من العامه.

بل و لا فی النکاح و لا غیره من العقود و نحوها عندنا،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

بـل الإجمـاع بقسـميه عليه، خلافا للمحكى عن الشافعى فى وجه له من احتياج النكاح إلى الكشف مطلقا، و فى آخر أيضا ذلك إن ادعى النكـاح لاـ الزوجيه، فيقول: تزوجتها بولى و شاهـدين عـدلين و رضاها، و عن بعض أصـحابه حمله على النـدب، و عن آخر تخصـيصه بما إذا ادعى ابتداءه لا اسـتدامته و له (و للشافعيه خ ل) أيضا فى غيره من العقود أيضا من الاحتياج إلى الكشـف مطلقا فى وجه، و فى خصوص ما لو تعلقت بجاريه فى آخر للاحتياط فى الفروج و الكل كما ترى.

نعم ربما افتقرت صـحه الدعوى إلى ذلك فى دعوى القتل لأن أمره شديد و فائته لا يسـتدرك و للخلاف فى أسبابه قيل: فلا بد من الوصف بالعمد أو خلافه، و بأنه قتله وحده أو مع غيره بالمباشره أو التسبيب، و لعله لذا حكى عن المبسوط الاتفاق عليه.

لكن الانصاف عـدم خلوه عن الاشـكال إن لم يتم الإجماع المزبور باقتضائه بطلان دم المسـلم، خصوصا مع العذر من نسـيان أو اشـتباه و نحوهمـا، بـل قيـل: إنه يمكن بحكم الأصـل تشـخيص أنه خطـأ، و من هنا قال فى الـدروس بل و الكتاب فى القصاص: «الأقرب الاكتفاء فى القتل بعدم التفصيل» بل هو ظاهر الأردبيلى، بل قد يلوح من قول المصنف هنا:

«و ربما» إلى آخره نوع تأمل فى إطلاق الحكم المزبور، بل ينبغى الجزم بالعدم فيما كان لكليه حكم يترتب عليه، فلا مانع حينئذ من الـدعوى به و إثبـاته لأـن يترتب عليه ذلـك مع فرض عجزه عن إثبات الخصوصـيه، بل ربما ظهر من الأردبيلى سـماع دعوى الكلى و إن لم يترتب عليه حكم، و لكنه مقدمه لإثبات الخصوصيه فيما بعد.

و بالجمله لا فرق بين القتل و غيره فى ذلك، فإنه مع فرض عـدم ترتب حكم على الكلى فى غيره لم تسـمع الـدعوى به أيضا، و إلا سمعت

إن لم يثبت الإجماع المزبور، و ستسمع إنشاء الله فی کتاب القصاص تمام الکلام فی ذلک، بل منه یعلم ما فی الإجماع المزبور.

و کیف کان ف لو اقتصرت المرأه علی قولها: هذا زوجی کفی فی صحه دعوی النکاح، و لا یفتقر ذلک إلی دعوی شی ء من حقوق الزوجیه، لأن ذلک یتضمن دعوی لوازم الزوجیه و للعامه قول بالاشتراط بناء علی أن ذکرها لمجرد الزوجیه إقرار لا دعوی، و هو واضح الضعف.

و حینئذ ف لو أنکر النکاح لزمه الیمین، و لو نکل قضی علیه علی القول بالنکول، و علی القول الآخر یرد الیمین علیها، فإذا حلفت ثبتت الزوجیه و عن التحریر «و فی تمکین الزوج منها إشکال، من إقراره علی نفسه بتحریمها، و من حکم الحاکم بالزوجیه» و کذا السیاق لو کان هو المدعی و إن کان لا خلاف هنا فی قبول دعواه من دون ضم شی ء من لوازم الزوجیه، و قد تقدم فی کتاب النکاح(۱)بیان حکمهما مع الاختلاف، فلاحظ و تأمل. و إن کان لا إشکال فی استحقاقها المهر بالوطء إن قهرها أو قلنا بوجوب التمکین لحکم الحاکم بالزوجیه أو اعتقدت ذلک، و فی عدم استحقاقها لشی ء منه بدون الوطء لإقرارها، و فی کشف اللثام «و الظاهر استحقاقها النفقه لحبسها علیه» و فیه نظر.

و لو ادعی أن هذه بنت أمته لم تسمع دعواه کما فی القواعد و الدروس و الإرشاد و المسالک و الکشف و غیرها لاحتمال أن تلد فی ملک غیره ثم تصیر له فلا تقتضی حینئذ الدعوی حقا لازما للمدعی علیه.

و کذا لو قال: ولدتها فی ملکی، لاحتمال أن تکون حره أو

۱- ۱ راجع ج ۲۹ ص ۵۱۲- ۱۵۳.

ملكا لغيره بالشرط و نحوه.

و كذا لا تسمع البينه بذلك ما لم يصرح بأن البنت ملكه، و كذا البينه لا تسمع ما لم تصرح بذلك لما عرفت، لكن عن لقطه المبسوط و التذكره سماع الدعوى و البينه فى الثانى، بل عن الأخير الإجماع عليه، و لعله لأصاله تبعيه النماء للمال حتى يعلم خلافه، و هو كذلك حيث لا يكون لآخر يد تقضى بالملكيه لها و إلا انقطع بها الأصل المزبور، كما انقطع بها ما هو أقوى من ذلك، و كلام الأصحاب هنا فى الدعوى على آخر.

و مثله لو قال: هذه ثمره نخلى مثلا.

و كذا لو أقر له من الثمره فى يده أو بنت المملوكه فى يده بأنها ثمره نخلتك و بنت مملوكتك التى ولدتها فى ملكك لم يحكم عليه بالإقرار لو فسره بما ينافى الملك كما فى القواعد، بأن قال: و مع ذلك هى ملكى، لما عرفت من عدم دلاله ذلك على الاعتراف بكونهما ملكا له، إذ هو أعم.

لكن فى المسالك «أن ظاهر المصنف كون ذلك إقرارا بالملك مع عدم إضافه ما ينافى ذلك إليه، عملا بالظاهر من كونهما تابعين للأصل، حيث لا معارض، و لو كان هناك شى ء لذكره، فإطلاقه كونهما من الأصل الذى هو مملوك للمقر له ظاهر فى تبعيتهما له بخلاف الدعوى، فان شرطها التصريح بالملك له و لو بالاستلزام و لم يحصل، و تبع المصنف على هذا الحكم العلامه فى القواعد و التحرير، و الفرق بين الدعوى و الإقرار لا يخلو من إشكال، لأن الاحتمال قائم على تقدير الإقرار و الدعوى، و العمل بالظاهر فى الإقرار دون الدعوى لا دليل عليه، و الفرق باشتراط التصريح فيها دونه رجوع إلى نفس الدعوى و فى الإرشاد أطلق عدم سماع الدعوى و الإقرار معا، و لم يعتبر التقييد فى الإقرار بتفسيره بما ينافى

الملك و هذا هو الظاهر».

و فيه أنه لا ظهور فى عبارتى المصنف و الفاضل باعتبار التقييد المزبور و أن المراد عدم الحكم عليه لو فسره و لو بعد حين بما ينافى الملك بأنه إنكار بعد إقرار، و ليس إلا لعدم ظهور العباره فى ذلك، و ليس المراد عدم الحكم بالإقرار إن فسره، بمعنى إضافه ذلك إليه متصلا و إلا حكم عليه به. و على كل حال فالحكم فيه كما عرفت.

و لا كذلك لو قال: هذا الغزل من قطن فلان حال كونه ملكا له أو هذا الدقيق من حنطته كذلك، فإنه إقرار، فلو عقبه بما ينافى ذلك كان إنكارا بعد إقرار، لأن الغزل و الدقيق نفس حقيقه القطن و الحنطه، و إنما تغيرت الأوصاف، فملك الأصل يقتضى ملك الفرع، بخلاف الثمره و الولد، فإنهما منفصلان عن أصلهما جنسا و وصفا و شرعا، فالإقرار بالفرعيه لا تقتضى الإقرار بالملك، و كذا فى المسالك و غيرها، بل لا أجد فيه خلافا، بل هو عندهم من الواضحات.

لكن قد يشكل بأن فرض التداعى يقتضى كونه فى يد آخر على جهه الملكيه، و اعترافه بكونه من حنطته التى هى ملكه لا يقتضى الاعتراف بكونه ملكا له الآن، فلو عقبه بقوله: و لكنه الآن ملكى لم يكن منافيا لكلامه السابق، ضروره احتمال تجدد الملك له بعد ذلك فيده حينئذ بحالها.

اللهم إلا أن يفرض عدم احتمال تجدد ناقل، و حينئذ يتجه كونه اعترافا به، ضروره اقتضاء ملكيه الحنطه ملكيه دقيقها و ملكيه القطن ملكيه غزله، لعدم تصور كون الحنطه ملكا له و بصيرورتها دقيقا تخرج عن ملكه، بخلاف الأمه و الشجره، فإنه لا مانع من كونه مالك الأصل، و الفرع ملك لغيره بشرط أو صلح أو غير ذلك على وجه يخرج من ملكه و يكون ملكا لغيره، و هذا المعنى لا يتصور فى الحنطه و القطن و نحوهما،

اللهم إلا أن يفرض بنذر و نحوه على خروج الحنطه عن ملكه بصيرورتها دقيقا و كذا القطن، و البحث فى صحته، و الله العالم.

[الفصل الثانى فى التوصل إلى الحق]

اشاره

الفصل الثانى فى التوصل إلى الحق الذى هو عقوبه أو مال، فان كان الأول كالقصاص و القذف، ففى المسالك و غيرها بل فى الكفايه لا أعرف فيه خلافا لا بد فيه من الرفع إلى الحاكم لعظم خطره و الاحتياط فى إثباته، و لأن استيفاؤه وظيفه الحاكم على ما تقتضيه السياسه و زجر الناس.

و فيه أن إطلاق السلطان للولى و تسلط الناس على استيفاء حقوقها و غير ذلك يقتضى عدم اعتبار الرفع إلى الحاكم مع فرض معلوميه الحال و إقرار الخصم، كما أنه يقتضى مباشرته لا خصوص الحاكم.

و إن كان الثانى ف من كانت دعواه عينا فى يد انسان معترف بها أو معلوم حالها فله انتزاعها منه و لو قهرا بمساعده ظالم أو بنفسه و إن استلزم ضررا بتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك ما لم تثر فتنه بل و إن ثارت ما لم تصل إلى حد وجوب الكف عن الحق له لترتب تلف الأنفس و الأموال و غيره من الفساد الذى يمكن دعوى العلم من مذاق الشرع بعدم جواز فعل ما يترتب عليه ذلك و إن كان مباحا فى نفسه أو مستحبا بل أو واجبا و إن لم يكن الترتيب ترتيب سببيه أو عليه، كما أشار (عليه السلام) إليه ب

قوله فى بيع الوقف(۱): «إنه ربما حصل من الاختلاف تلف الأنفس و الأموال»

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من كتاب الوقوف و الصدقات- الحديث ۶ و فيه « فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس».

بل ربما أشير إليه بقوله تعالی(۱)«إِلَّا تَفْعَلُوهُ تَكُنْ فِتْنَةٌ فِي الْأَرْضِ وَ فَسادٌ كَبِيرٌ» و غير ذلك، بل قد يستفاد من الأول كون المدار على مظنته بل احتماله احتمالا- معتدا به فضلا عن العلم و لا- يفتقر انتزاعها فی الظاهر و الواقع علی إذن الحاکم إذا کانت علی الوجه المزبور.

نعم لو کان الحق دينا و کان الغريم مقرا باذلا لم يستقل المدعی بانتزاعه من دونه أو دون الحاکم لو فرض عذره بمرض و نحوه علی وجه يتعذر منه التوکيل بلا خلاف بل و لا إشکال لأن للغريم نفسه تخييرا فی جهات القضاء لأنه المخاطب فلا يتعين الحق فی شی ء من دون تعيينه أو تعيين الحاکم مع امتناعه أی امتناع تعيينه لحبس أو مرض أو نحوهما، لأن له الولايه العامه فی ذلک، و لو کان الغريم مقرا ممتنعا ففی القواعد «استقل الحاکم بالأخذ دونه» و يمکن دعوی استفادته من المتن أيضا.

و قد يشکل بإطلاق ما تسمعه من الأدله و غيرها خصوصا مع القول به فی الجاحد الذی ساوی فی المسالک بينه و بين المماطل فی الحکم، و اعترف الفاضل فی القواعد بأن حکمه ما أشار إليه المصنف بقوله و لو کان المدين جاحدا و للغريم بينه تثبت حقه عند الحاکم و الوصول إليه ممکن ففی جواز الأخذ تردد و خلاف أشبهه وفاقا للأکثر کما فی کشف اللثام و غيره الجواز، و هو الذی ذکره الشيخ فی الخلاف و المبسوط (۱۱) و محکی التهذيب و النهايه و عليه دل عموم الاذن فی الاقتصاص (۱۲) کتابا بقوله تعالی «فَمَنِ اعْتَدى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا»(۲)

۱- ۱ سوره الأنفال: ۸ الآيه ۷۳.

۲- ۲ سوره البقره: ۲ الآيه ۱۹۴.

«وَ الْحُرُماتُ قِصاصٌ»(۱)«فَعاقِبُوا بِمِثْلِ ما عُوقِبْتُمْ بِهِ»(۲)و سنه

«لی الواجد یحل عقوبته و عرضه»(۳)

بناء علی إراده ما یشمل ذلک من العقوبه، و ما یشمل الجحود من اللی، و

«خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف»(۴)

إن لم نقل ذلک إذن منه (صلی الله علیه و آله).

و خبر جمیل بن دراج(۵)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل یکون له علی الرجل الدین فیجحده فیظفر من ماله بقدر الذی جحده أ یأخذه و إن لم یعلم الجاحد بذلک؟ قال: نعم».

و صحیحتی داود بن رزین و ابن زربی قال فی إحداهما(۶): «قلت لأبی الحسن موسی (علیه السلام): إنی أخالط السلطان فتکون عندی الجاریه فیأخذونها، و الدابه الفارهه یبعثون فیأخذونها، ثم یقع لهم عندی المال فلی أن آخذه؟ فقال: خذ مثل ذلک و لا تزد علیه».

و قال فی الأخری(۷): «قلت لأبی الحسن (علیه السلام): إنی أعامل قوما فربما أرسلوا إلی فأخذوا منی الجاریه و الدابه فذهبوا بهما منی ثم یدور لهم المال عندی فآخذ منه بقدر ما أخذوا منی؟ فقال: خذ منهم بقدر ما أخذوا منک، و لا تزد علیه»

إن لم یکن ذلک إذنا منه (ع)

۱- ۱ سوره البقره: ۲- الآیه ۱۹۴.
۲- ۲ سوره النحل: ۱۶- الآیه ۱۲۶.
۳- ۳ راجع التعلیقه ۱ من ص ۱۶۴.
۴- ۴ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۱۴۱.
۵- ۵ الوسائل- الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۱۰- ۱ من کتاب التجاره.
۶- ۶ الوسائل- الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۱۰- ۱ من کتاب التجاره.
۷- ۷ أشار إلیه فی الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۱ و ذکره فی الفقیه ج ۳ ص ۱۱۵- الرقم ۴۸۹.

كما هو الظاهر، و مثله

خبر على مهزيار(۱).

و صحيح أبى بكر(۲)«قلت له: رجل لى عليه دراهم فجحدنى و حلف عليها أ يجوز لى إن وقع له قبلى دراهم أن آخذ منه بقدر حقى؟

قال: فقال: نعم، و لكن لهذا كلام، قلت: و ما هو؟ قال: تقول: اللهم إنى لا آخذه ظلما و لا خيانه، و إنما أخذته مكان مالى الذى أخذ منى لم أزد عليه شيئا»

و فى

خبر آخر له(۳)«اللهم إنما آخذ هذا مكان مالى الذى أخذه منى»

و فى آخر له(۴)«اللهم إنى لم آخذ ما أخذت منه خيانه و لا ظلما، لكن أخذته مكان حقى»

إلى غير ذلك من النصوص.

و ما فى الأخير من جواز الأخذ بعد الحلف منزل على الحلف من دون استحلاف أو عند غير الحاكم أو نحو ذلك حتى لا ينافى غيره من النصوص، و لا ريب فى

استحباب القول المزبور و إن أطنب بعض الناس بدعوى الوجوب الذى يمكن تحصيل الإجماع على خلافها.

كل ذلك مع أنه لم نر للقائل بالمنع من شى ء يعتد به- و إن ذهب إليه المصنف فى النافع، بل حكى عن تلميذه الآبى فى كشفه و الفخر فى إيضاحه- عدا الأصل المقطوع بما عرفت، بل يمكن معارضته بأصل عدم وجوب الرفع إلى الحاكم، و عدا دعوى قيام الحاكم مقام المالك، فمع التمكن لا يجوز بغير إذنه، و هو كالاجتهاد فى مقابله النص، و نحو ذلك

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما يكتسب به الحديث ۸ من كتاب التجاره عن ابن مهزيار عن إسحاق بن إبراهيم، و مماثلته انما هو فى الاذن فى التقاص، و الا فهو وارد فى الوديعه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ۴- ۵ من كتاب التجاره.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما يكتسب به- الحديث ۴- ۵ من كتاب التجاره.

۴- ۴ الفقيه ج ۳ ص ۱۱۵- الرقم ۴۸۹.

من الاعتبارات التی لا تصلح مدرکا للحکم فضلا عن معارضه الدلیل.

هذا کله مع التمکن من الإثبات عند الحاکم.

و لو لم تکن له بینه أو تعذر الوصول إلی الحاکم بل فی المسالک «أو أمکن و لم تکن یده مبسوطه بحیث یمکنه تولی القضاء عنه» و إن کان فیه أن الفائده الاستئذان منه.

و علی کل حال فمتی تعذر و وجد الغریم من جنس ماله اقتص مستقلا بالاستیفاء بلا خلاف فیه عندنا، بل الإجماع بقسمیه علیه، لإطلاق الأدله المزبوره و غیرها.

نعم لو کان المال ودیعه عنده ففی جواز الاقتصاص تردد أیضا و خلاف أشبهه الکراهه وفاقا لأکثر المتأخرین، جمعا بین ما دل علی الجواز من الأدله السابقه و خصوص

صحیح البقباق(۱)«إن شهابا ما رآه فی رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلک ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مکان الألف التی أخذ منک فأبی شهاب، قال: فدخل شهاب علی أبی عبد الله (علیه السلام) فذکر ذلک له، فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف».

و خبر علی بن سلمان(۲)قال: «کتب إلیه (علیه السلام) رجل غصب رجلا مالا أو جاریه ثم وقع عنده مال بسبب ودیعه أو قرض مثل ما خانه أو غصبه أ

یحل له حبسه علیه أم لا؟ فکتب (علیه السلام) نعم یحل له ذلک إن کان بقدر حقه، و إن کان أکثر فیأخذ منه ما کان علیه و یسلم الباقی إلیه إنشاء الله».

و بین ما دل علی النهی عن ذلک بل عن مطلق الأمانه، ل

خبر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۲ من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۹ من کتاب التجاره.

ابن أخ الفضیل بن یسار(۱)قال: «کنت عند أبی عبد الله (علیه السلام) و دخلت امرأه و کنت أقرب القوم إلیها، فقالت: أسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: إن ابنی مات و ترک مالا فی ید أخی فأتلفه ثم أفاد مالا فأودعنیه فلی أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شیء؟ فأخبرته بذلک، فقال: قال رسول الله (صلی الله علیه و آله): أد الأمانه إلی من ائتمنک، و لا تخن من خانک».

و خبر سلمان بن خالد(۲)«سألت أبا عبد الله (علیه السلام) عن رجل وقع لی عنده مال فکابرنی علیه و حلف ثم وقع له عندی مال فآخذه لمکان مالی الذی أخذه و أجحده و أحلف علیه کما صنع، قال:

إن خانک فلا تخنه، و لا تدخل فیما عبته علیه».

و صحیح معاویه بن عمار(۳)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «قلت له: الرجل یکون لی علیه حق فیجحدنیه ثم یستودعنی مالا أ لی أن آخذ مالی عنده؟ قال: هذه الخیانه».

بل لعل فی

قوله (علیه السلام): «و لا تدخل فیما عبته علیه»

إشعار بذلک، خصوصا بعد معلومیه عدم کون المقاصه خیانه، بل هی فی قوه أداء الأمانه إلی من ائتمنه بعد أن جعله الشارع ولیا له فی استیفاء دینه منها، و

لیس هو أخذا بغیر حق الذی قد عابه علیه، کما یومئ إلیه الأدعیه السابقه، فمراد الامام (علیه السلام) بیان نوع مرجوحیه بسبب کونها صوره الخیانه التی قد تأکد النهی عنها(۴)حتی

قال الصادق (ع)

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۳ من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۷ عن سلیمان بن خالد.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۱۱ من کتاب التجاره.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به من کتاب التجاره و الباب- ۳- من کتاب الودیعه.

فی خبر عبد الله بن إسماعیل(۱): «أد الأمانه لمن ائتمنک و أراد منک النصیحه و لو أنه قاتل الحسین (علیه السلام)»

و قال (علیه السلام) أیضا فی خبر عمار(۲): «اعلم أن ضارب علی (علیه السلام) بالسیف و قاتله لو ائتمننی علی سیف و استشارنی ثم قبلت ذلک منه لأدیت إلیه الأمانه»

مضافا إلی تأکد الأمر(۳)بأداء الأمانه إلی أهلها.

و علی کل حال فما عن النهایه و الغنیه و الکیدری و القاضی- من القول بعدم الجواز، بل عن الغنیه الإجماع علیه- واضح الضعف و إن توقف فیه فی ظاهر الدروس و الروضه، بل مال إلیه الأردبیلی.

و ما عساه یقال-: إن الأدله بعد تعارض الخاصه منها و تساقطها فالعمومات بینهما تعارض العموم و الخصوص من وجه و لا ترجیح، و الأصل حرمه التصرف فی مال الغیر و عدم تعیین الکلی فی الذمه بتعیین غیر المدیون و نحو ذلک- یدفعه أولا منع عدم رجحان الأدله الخاصه بعد قیام احتمال الکراهه أو ظهوره فی الأدله المعارضه دونها، مضافا إلی اعتضاد عموم المقاصه بأدله نفی الضرر و الضرار و الحرج و غیر ذلک، بل قد عرفت أن المقاصه لیست من الخیانه المندرجه فی هذه العمومات.

بل لو لا شهره الکراهه لأمکن المناقشه فیها بظهور

قوله (علیه السلام)(۴): «أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف»

فی عدمها، مع احتمال حمل ما دل علی النهی عن خیانه من خان علی ما لو استحلفه،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الودیعه الحدیث ۴ عن إسماعیل ابن عبد الله.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من کتاب الودیعه الحدیث ۸.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من کتاب الودیعه.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما یکتسب به- الحدیث ۲ من کتاب التجاره.

فإنه لا يجوز حينئذ المقاصه، كما أومأ إليه فی

خبر عبد الله وضاح(۱)مع اليهودی الذی حلفه، ثم وقع له عنده أرباح تجاره دراهم كثيره فسأل أبا الحسن (عليه السلام) عن ذلک فقال له: «إن كان ظلمک فلا تظلمه، و لو لا أنک رضيت بيمينه فحلفته لأمرتک أن تأخذ من تحت يدک»

و هو دليل آخر أيضا على جواز المقاصه، كما هو واضح.

بل من إطلاق الأدله السابقه و ترک الاستفصال فی بعضها و خصوص نصوص(۲)الجاريه و الدابه الفارهه يستفاد أنه لو كان المال الذی له فی ذمته من غير جنس الموجود عنده جاز أخذه بالقيمه العدل، و يسقط اعتبار رضا المالک بالطاطه و جحوده بل و استئذان الحاكم أيضا فی الأخذ المزبور و إن كان هو أولى من الأول كما يسقط اعتبار رضاه و استئذانه فی متحد الجنس بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک بيننا، نعم عن جماعه من العامه الاقتصار على الجنس و هو واضح الضعف.

بل مقتضى الإطلاق المزبور أنه يجوز أن يتولى بنفسه بيعها أی الوديعه مثلا و قبض دينه من ثمنها (۱۱) سواء كان من جنس حقه أم لا دفعا لمشقه التربص بها (۱۲) بل يجوز له بيع ثمنها إلى أن ينتهی إلى ما يساوی حقه فی الجنس ثم يأخذه مقاصه، لأن له على المالک ذلک، و قد أقامه الشارع مقامه فی الاستيفاء، فلا يلزم بالمقاصه من غير الجنس كما عساه يتوهم فی بادئ النظر من النصوص، نعم حيث كان هو الولی فی ذلک وجب عليه الجمع بين حقه و حق المالک.

و من الغريب ما عن الكفايه «و يتخير عند الأصحاب بين أخذه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۳- من أبواب ما يكتسب به.

بـالقيمه و بين بيعه و صـرفه فى جنس الحق، و لا يجوز أن يتولى بيعه و يقبض ثمنه من دينه» مع أن الـذى عثرنا عليه من كلمات الأصـحاب و المحكى منهـا كـالمبسوط و القواعـد و الدروس و الإيضاح و غيرها جواز ذلك له بنفسه، بل عن الأول أنه الأقوى عندنا كما ستسمع، و هو كذلك بناء على عدم الرجوع إلى الحاكم فى الأصل.

نعم عن المبسوط «و من الذى يبيع؟ فقال بعضهم: الحاكم، لأن له الولايه عليه، و قال آخرون: يحضر عند الحاكم و معه رجل قد واطأه على الاعتراف بالـدين و الامتناع من الأداء- ثم قال-: و الأقوى عندنا أن له البيع بنفسه، لأنه قد يتعذر إثباته عند الحاكم، و الـذى قـال الآخرون كـذب يتنزه عنه» و ظاهره أن الأولين من العامه أو من القائلين بالرجوع إلى الحاكم فى أصل المسأله فضـلا عن هذه الخصوصيه، و لكن الأقوى ما عرفت فى الأصل.

بل فيما حضرنى من نسخه الكفايه مناف للمحكى عنها، قال:

«و يتخير عند الأصحاب بين أخذه بالقيمه و بين بيعه و صرفه فى جنس الحق، و يستقل بالمعاوضه، و يجوز أن يتولى بيعه و قبض دينه من ثمنه، فان تلف قبل البيع ففى الضمان قولان».

نعم قـد يقال بوجوب الاقتصار فى المقاصه على الأخـذ من جنس حقه مع الإمكان و من غيره مع عدم الإمكان، لعدم إطلاق فى الأدله يوثق به على الجواز من غير الجنس مطلقا، فيقتصر فيما خالف الأصل على المتيقن.

فما فى الرياض من الميل إلى عدم تعين ذلك عليه للإطلاق المزبور نصا و فتوى لا يخلو من نظر.

نعم لا يجب عليه بيع الوديعه بجنس حقه و إن حكى عن بعضـهم، و يمكن حمله على إمكان ذلك من غير ضـرر على المالك، أما مع عدمه

فقد عرفت ظهور النفى فى ولايته بالنسبه إلى ذلك، فينبغى مراعاه المصلحه التى يلحظها الوكيل و الولى، فتأمل.

كما أن ظاهر النصوص جواز المقاصه و إن لم يعلم بانتقال العين إلى قيمتها فى الذمه بتلف و نحوه، بل و إن علم العدم، فلا وجه لقصر الأصحاب عنوان المقاصه على الدين.

بل ظاهرها ملك المقاص العوض الذى يأخذه، و ينبغى أن يلزمه انتقال مقابله إلى ملك الغاصب، لقاعده عدم الجمع بين العوض و المعوض عنه، بل قد يشكل استحقاق الرد عليه لو بذله له بعد ذلك، بل لعله كذلك لو كان البذل من المالك استصحابا لملك العوض، و احتمال كون الملك متزلزلا- نحو ما ذكروه فى القيمه التى يدفعها الغاصب للحيلوله- مناف لقاعده اللزوم بعد ظهور النصوص فى الملك، بل يمكن دعواه أيضا هناك و يجعل ما هنا دليلا عليه، فتأمل جيدا.

و كيف كان ف لو تلفت العين التى قبضت لإراده المقاصه بثمنها بلا تعد و لا تفريط و لو بالتكاسل فى بيعها قبل البيع قال الشيخ: الأليق بمذهبنا أنه لا يضمنها للأصل و لأنها فى يده أمانه شرعيه أو بحكمها، و تبعه الشهيدان فى المسالك و ظاهر غايه المراد و الأردبيلى فى مجمعه.

و الوجه كما فى القواعد و محكى الإيضاح الضمان، لأنه قبض لم يأذن فيه المالك حتى يكون أمانه مالكيه، نعم أذن به الشارع، و لكن لا منافاه بينه و بين الضمان بعد أن لم يكن فى شى ء من النصوص الحكم بكونه قبض أمانه فيندرج فى ما دل على عدم ضمانها، كما أنه ليس فى شى ء من الأدله الشرعيه عنوان للأمانه الشرعيه على وجه يكون المقام منها موضوعا و حكما، إذ ليس إلا الاذن فى القبض لاستيفاء حقه، و هو

أعم من الائتمان الـذى لا يستعقب الضـمان كالالتقاط و نحوه، و ليس كل ما أذن الشارع فى قبضه يكون أمانه خصوصا القبض لمصـلحه القابض التى هى استيفاء حقه منها، بل ذلك من المالك لا يقتضـى الائتمان المزبور، و حينئذ فتبقى قاعده ضـمان مال المسلم المستفاده من

عموم «على اليد»(۱)

و غيره بحالها ف يتقاصان حينئذ بقيمتها مع التلف و لو بغير تفريط.

مضافا إلى أن القبض للمقـاصه هو قبض ضـمان لا قبض مجان، بل هو أولى من قبض السوم، و كونه وليا بمعنى أن له المقاصـه بنفسه لا يقتضى عدم ضمانه نحو باقى الأولياء الذين ليس هو منهم بالمعنى الذى يترتب عليه ذلك.

و بـذلك ظهر لـك النظر فى جمله من الكلمات المبينه على الأصل و الاكتفاء بالإذن الشـرعيه فى استيفاء الحق من مال الغير فى تحقق الأمانه التى حكمها عدم الضمان، و قد عرفت ما فيهما.

كمـا أن منه ظهر لـك الحـال فى الزيـاده على الحق و أنها على الضـمان أيضا، فما عن الفاضل فى التحرير و القواعـد من الحكم بعدم ضمانها مع قوله فى الثانى بضمان ما قابل الحق لا يخلو من نظر.

و كـذا لاـ يخلو ما يحكى من صـريح بعض و ظاهر آخر من عـدم الضـمان لو أخـذه بعنوان المقاصه به، و لكن لم ينشأها لإراده معرفه قيمته فاتفق تلفه منه أيضا، بل لعل هذا بالضـمان أولى من الأول، لما عرفت من القاعده السابقه التى مقتضاها الضـمان قبل البيع و بعده قبل استيفاء (إنشاء خ ل) المقاصه، نعم لا ضـمان معه، ضـروره صـيروره المال ملكا له به و إن لم يعرف قيمته، لعدم توقف صحه الاستيفاء على اقتران معرفه القيمه، بل له قبضه

۱- ۱ المستدرك الباب- ۱- من كتاب الغصب- الحديث ۴ و سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۵.

بالعنوان المزبور ثم تحسب له قيمه وقته وفاء، كما لو دفع المالك أعيانا وفاء، فإنها تحسب قيمتها وقت الـدفع، كما هو محرر فى محله.

[مسألتان]

اشاره

مسألتان:

[المسأله الأولى من ادعى ما لا يد لأحد عليه قضى له]

الأولى:

من ادعى مـا لاـ يـد لأحـد عليه قضـى له به من دون بينه و يمين بلاـ خلاف أجـده فيه، بل يمكن تحصـيل الإجماع عليه، لأصاله صحه قول المسلم و فعله بل كل مدع و لا معارض له.

و من بابه أن يكون كيس مثلا بين جماعه فيسألون هل هو لكم فيقولون: لا و يقول واحـد: هو لى، فإنه يقضـى به لمن ادعاه كما رواه

منصور بن حازم فى الصحيح(۱)«قلت للصادق (عليه السلام):

عشره كانوا جلوسا و وسطهم كيس فيه ألف درهم، فسأل بعضهم بعضا أ لكم هذا الكيس؟ فقالوا كلهم: لا، فقال واحد منهم: هو لى، قال: هو للذى ادعاه».

بل قد يظهر من الراوى المزبور المفروغيه من هذا الأصل عند العقلاء أجمع

قال(۲): «قلت له أيضـا: إن الله أجـل و أكرم من أن يعرف بخلقه، بـل الخلق يعرفون بالله، قال: صـدقت، قلت: إن من عرف له ربا فقد ينبغى له أن يعرف أن لذلک الرب رضا و سخطا و أنه لا يعرف رضاه و سخطه إلا بوحى أو رسول، فمن لم يأته الوحى فقد ينبغى أن يطلب الرسل، فإذا لقيهم عرف أنهم الحجه- إلى أن قال-: فقلت لهم: من قيم القرآن؟ فقالوا: ابن مسعود قد كان يعلم، و عمر يعلم،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

۲- ۲ الكافى- ج ۱ ص ۱۶۸.

و حـذيفه يعلم، قلت: كله، قالوا: لا، فلم أجد أحدا يقول إنه يعرف ذلك كله إلا عليا (عليه السـلام) و إذا كان الشـى ء بين القوم فقال هذا:

لا أدرى، و قال هذا: لا أدرى، و قال هذا: أنا أدرى فأشهد أن عليا (عليه السلام) كان قيم القرآن».

بل قد يقال بظهور الصـحيح المزبور فى قبول دعوى المدعى و لو بعد قوله: «ليس لى» بناء على إراده الحقيقه من قوله: «كلهم» و يمكن أن يكون على القواعد أيضا، لأصاله صحه قوليه معا باحتمال التذكر و غيره، لعدم المعارض.

و عليه حينئـذ يتفرع جواز تمكينه من الزوجه الـتى أنكر زوجيتهـا ثم أقر بهـا، و لاـ يمنعه الحـاكم عن ذلـك، كمـا مر فى كتـاب النكاح.

هـذا كله مع عـدم اليـد أما معها و لو يـد غير ملك باعتراف صاحبها فقـد يشـكل إلزامه بـدفعه إليه بمجرد دعواه، ضـروره تحقق الخطاب معها بإيصاله إلى مالكه

الواقعى، و مجرد الدعوى ليس طريقا للفراغ من الشغل كما عرفت ذلك فى كتاب اللقطه(۱).

و فى محكى السـرائر هنا بعـد أن ذكر الصـحيح المزبور فقال: «هـذا الحديث صـحيح، و ليس هذا فى من أخذه بمجرد دعواه، و إنما هو لما لم يثبت له صاحب سواه، و اليد على ضربين: يد مشاهده و يد حكميه، فهذا يدعيه، لأن كل واحد منهم نفى يده عنه و بقى يـد من ادعـاه حكميه، و لو قـال كـل واحـد من الجمـاعه فى دفعه واحـده أو مفترقا: هو لى لكان الحكم فيه غير ذلك، و كـذلك لو قبضه واحـد فى الجماعه ثم ادعاه غيره لم تقبل دعواه بغير بينه، لأن يـد المشاهـده عليه لغير من ادعاه، و الخبر الوارد فى الجماعه أنه نفوه عن أنفسهم و لم يثبتوا لهم عليه يدا، لا من

۱- ۱ راجع ج ۳۸ ص ۳۸۳- ۳۸۷.

طریق الحکم، و لا- من طریق المشاهده، و من ادعاه له علیه ید من طریق الحکم فقبلنا فیه دعواه من غیر بینه ففقهه ما حررناه، و أیضا إنما قال ادعاه من حیث اللغه، لأن الدعوی الشرعیه من ادعی فی ید غیره عینا أو دینا» و هو علی طوله لا یخلو من نظر فی محصوله، و التحقیق ما ذکرناه، و الله العالم.

[المسأله الثانیه لو انکسرت سفینه فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله]

المسأله الثانیه:

لو انکسرت سفینه فی البحر فما أخرجه البحر فهو لأهله، و ما أخرج بالغوص فهو لمخرجه علی الأشهر عند الأصحاب، کما فی الکفایه و إن کنا لم نتحققه حتی من المصنف، فإنه قال بعد ذلک:

و به روایه فی سندها ضعف و ظاهره التردد فیه، نعم قد عمل بها فی الإرشاد و ظاهر المحکی عن النهایه و التذکره و التحریر.

و الأصل فی ذلک

خبر الشعیری(۱)«سألت الصادق (علیه السلام) عن سفینه انکسرت فی البحر فاخرج بعضها بالغوص، و أخرج البحر بعض ما غرق منها، فقال: أما ما أخرجه البحر فهو لأهله، الله تعالی أخرجه لهم، و أما ما أخرج بالغوص فهو لهم، و هم أحق به».

و هو مع ضعفه و عدم الجابر له محتمل لإراده کون الجمیع لأهله، و التفصیل إنما هو بإخراج الله و إخراج الغیر، کما عن بعضهم الجزم به.

و حمله فی محکی السرائر علی الیأس قال: «وجه فقه هذا الحدیث أن ما أخرجه البحر فهو لأصحابه، و ما ترکه أصحابه آیسین منه فهو لمن وجده و غاص علیه، لأنه صار بمنزله المباح، و مثله من ترک بعیره

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من کتاب اللقطه- الحدیث ۲.

من جهـد فی غیر کلأ و لا ماء، فهو لمن أخـذه، لأنه خلاه آیسا منه و رفع یـده، فصار مباحا، و لیس هـذا قیاسا، و إنما هـذا علی جهه المثال، و المرجع فیه إلی الإجماع و تواتر النصوص دون القیاس و الاجتهاد».

قلت: لعل ذلک هو العمده فی تملک المعرض عنه، مضافا إلی السیره فی عطب المسافر و نحوه، و إلا فمن المعلوم توقف زوال الملک علی سبب شرعی کتوقف حصوله، و لا دلیل علی ارتفـاع الملک عن صاحبه بالاعراض علی وجه یتملکه من أخـذه کالمباح.

و من هنا احتمل جماعه إباحه التصرف فی المال المعرض عنه دون الملک، بل عن ثانی الشـهیدین و المقـداد الجزم بـذلک، و عن بعض أنه لا یزول الملک بالإعراض إلا فی الشـی ء الیسیر کـاللقمه و فی التالف کمتاع البحر و فی الـذی یملک بغایه قد حصلت کحطب المسافر.

و عن آخر اعتبـار کـون المعرض عنه فی مهلکه و یحتـاج الاستیلاء علیه إلی اجتهـاد کغـوص و تفـتیش و نحوهمـا فی حصـول التملک به.

و ربمـا اسـتظهر من عبـاره ابن إدریس المتقـدمه اعتبـار الیـأس زیـاده علی الاعراض فیه أیضـا، إلی غیر ذلک من کلماتهم التی مرجعها إلی تهجس فی

ضبط عنوان لذلک، مع أن السیره علیه فی الجمله، و لیس فی النصوص- غیر ما عرفت- تعرض له.

فالأولی أن یقـال: مـا علم إنشـاء إبـاحه من المالـک لکـل من یریـد أن یتملکه کنثـار العرس و نحـوه یملکه الآخـذ بـالقبض أو بالتصرف الناقل أو المتلف أو مطلق التصـرف علی الوجوه أو الأقوال المذکوره فی المعاطاه بناء علی أنها إباحه، و کذا ما جرت السیره و الطریقه علی تملکه ممـا قـام شاهـد الحـال بالاعراض عنه، کحطب المسـافر و نحوه، أو مـا کـان کالمباحـات الأصـلیه باندراس المالک کأحجار القری الدارسه.

و أما المال الذى امتنع على صاحبه تحصيله بسبب من الأسباب كغرق أو حرق و نحوهما فيشكل تملكه بالاستيلاء عليه، خصوصا مع العلم بعدم إعراض صاحبه عنه على وجه يقتضـى إنشاء إباحه منه لمن أراد تملكه أو رفع يد عن ملكيته، و إنما هو للعجز عن تحصيله نحو المال الذى يأخذه قطاع الطريق و الظلمه و نحوهم.

و أما تملك بعض المال بالالتقاط على التفصيل المذكور فى كتاب اللقطه(۱)فهو قسم آخر خارج عما نحن فيه، أى التملك مع العلم بصاحبه و وجوده و إراده ماله، لصيروره الشى ء بالامتناع فى نفسه كسائر المباحات الأصليه، و الله العالم.

[المقصد الأول فى الاختلاف فى دعوى الأملاک]

اشاره

المقصد الأول فى الاختلاف فى دعوى الأملاک و فيه مسائل:

[المسأله الأولى لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه قضى بها بينهما نصفين]

الأولى:

لو تنازعا عينا فى يدهما و لا بينه قضى بها بينهما نصفين بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى

المرسل(۲)«أن رجلين تنازعا دابه ليس لأحدهما بينه فجعلها النبى (ص) بينهما».

۱- ۱ راجع ج ۳۸ ص ۳۶۹- ۳۷۷.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۵۵.

إنما الكلام فی احتیاج ذلک إلی الیمین من کل منهما و عدمه، فظاهر المصنف و محکی الخلاف و الغنیه و الکافی و الإصباح الثانی، بل عن الأولین الإجماع علیه، و هو الحجه بعد إشعار المرسل المزبور بذلک أو ظهوره.

و قیل کما عن الأکثر بل المشهور علی ما اعترف به فی غایه المرام، بل فی المسالک و الکفایه لم ینقل الأکثر فیه خلافا یحلف کل منهما لصاحبه لقاعده البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه، فان کلا منهما مدع و مدعی علیه باعتبار قضاء ید کل منهما بالنصف، فهو بالنسبه إلی ما قضت به یده مدعی علیه و إلی الآخر مدع، و لفحوی ما تسمعه من النصوص(۱)المشتمله علی تحلیفهما مع البینه فمع عدمها بطریق أولی.

و قد یناقش بعدم اندراجهما فی القاعده المزبوره، إذ الفرض أن ید کل منهما علی العین لا نصفها، ضروره عدم تعقل کونها علی النصف المشاع إلا بکونها علی العین أجمع فی کل منهما، و حینئذ فلا مدعی و لا مدعی علیه منهما، ضروره تساویهما فی ذلک إلا أن الشارع قد جعل القضاء فی ذلک بأن العین بینهما کما سمعته من النبوی المرسل(۲)فالنصف هو القضاء بینهما فی الدعوی المزبوره التی کان مقتضی ید کل منها الکل.

و منه یظهر لک عدم کون کل منهما مدعیا لنصف الآخر و مدعی علیه فی نصفه کی یتوجه التحالف، بل المتجه إلغاء حکم ید کل منهما بالنسبه إلی تحقق کونه مدعی علیه، و یکون کما لو تداعیا عینا لا ید لأحد علیها و لا بینه لکل منهما، فان القضاء حینئذ بالحکم بکونها بینهما، لکون الدعوی کالید فی السبب المزبور المحمول علی التنصیف بعد تعذر إعماله فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۵۵.

الجميع للمعارض الذى هو استحاله اجتماع السببين على مسبب واحد، إذ لا وجه لاستحقاق كل منهما اليمين على الآخر، ضروره عدم كونه مدعى عليه بعدم يد

له على العين يراد رفعها عنه، فقول كل منهما: هى لى دعوى بلا مدعى عليه، فلا يمين فيها، فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع، أو يقال فى الفرض باعتبار ثبوت اليد لكل منهما على العين مدعى عليه لو كان مدعى خارج عنهما، و إلا فلا يتصور كونه منهما بعد أن كان مع كل منهما عنوان المدعى عليه، لمعلوميه التباين بين المدعى و المدعى عليه.

و من هنا كان التحالف إذا كان كل منهما مدعى منكر، بمعنى أنه مدعى لشى ء و منكر لآخر، كما هو ظاهر فى النظر إلى أفراد ذلك، لا فى مثل المقام الذى دعوى كل منهما الكل، و الفرض أن اليد لكل منهما، فلا يكون مدعى فيما هو مدعى عليه فيه.

اللهم إلا أن يقال: إن اليمين هنا لترجيح أحد السببين كالترجيح بها لإحدى البينتين و إن ترتب عليه كون العين للحالف منهما بخلاف ما لو حلفا معا أو لم يحلفا كذلك، و ليس هو يمين إنكار و يمين رد حتى يأتى فيه البحث الذى تسمعه من الاكتفاء بيمين واحده جامعه بين الإثبات و النفى أو يمينين.

أو يقال: إن لكل منهما إحلاف صاحبه، بمعنى أن التحالف أمر راجع إليهما لا يجبر الحاكم عليه، و لا يتوقف عليه القضاء بالنصف، بل كل منهما ميزان للقضاء.

و كان هذا هو الذى فهمه الأصبهانى فى كشفه من المصنف فى النافع، فإنه بعد أن ذكر القول الأول قال: «و لم يذكر الحلف فى الغنيه و الإصباح، و نسبه فى الشرائع إلى القيل، و لعل الوجه فيه أنهما إن لم يحلف أحدهما صاحبه كان الحكم أيضا كذلك، و لذا قال فى النافع بعد الحكم بكونها بينهما: و لكل منهما إحلاف صاحبه».

و لكن غيره قد جعله من القائلين بالقول الأول، و لعله المنساق من مثل هذه العباره التى عبر بنحوها القائل باعتبار ذلك فى القضاء، خصوصا بعد معلوميه توقف القضاء عليه أو على البينه، ل

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «إنما أقضى عليكم بالبينه أو اليمين».

فحمل كلامه حينئذ خاصه على إراده عدم توقف القضاء بالنصف على التحالف، بل موكول إلى اختيارهما إن أراداه تحالفا، و جرى حكم التحالف و النكول عليه، و إلا قضى بينهما بالنصف بدونه لا يخلو من نظر.

اللهم إلا أن يكون ذلك مراد الجميع بقرينه تقديم القضاء بالنصف على الحلف.

و لكن فيه أيضا أن مشروعيه التحالف منهما تقتضى تحقق التداعى بينهما، و لا يكون فصل فيه الذى هو بمعنى القضاء بين المتخاصمين إلا بميزانه من البينه أو اليمين، و عدم تحليف من له اليمين لا يقتضى صحه القضاء بدونه، بل أقصاه بقاء العين فى يد المدعى عليه بالسبب المقتضى لذلك شرعا، و حق الدعوى باق متعلق بهما إذا أسقط حقه بناء على قيام مثل ذلك مقام إحلافه، فيحكم الحاكم حينئذ بكونها للمدعى على وجه لا تسمع الدعوى المزبوره فيها، لأن ذلك هو معنى القضاء، نعم لو لم يكن ثم تداع بينهما مثلا و قد ماتا و العين فى أيديهما فهى على النصف بينهما شرعا من دون قضاء، لعدم تداع، و على تقديره من الورثه كان له القضاء به عليهم من دون يمين إن لم يدع بعضهم على بعض العلم بالحال، و إلا توقف القضاء به على اليمين.

بل لعله أيضا كذلك فى الأصيلين إذا ادعى أحدهما على الآخر أن يده من يده أو أنه عالم بكونه مبطلا و أن العين أجمع لصاحبه و إن لم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱ و فيه « إنما اقتضى بينكم بالبينات و الأيمان».

نقل به فی أصل دعوی کل منهما العین له، ضروره تحقق المدعی و المدعی علیه فی تلک دونها، فتأمل جیدا. و قد تقدم لنا بعض الکلام فی المسأله فی کتاب الصلح(۱)فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و علی کل حال فعلی المشهور یبدأ القاضی فی الحلف بمن یراه أو بمن تخرجه القرعه، و فیه أن المتجه- بناء علی کونهما دعویین- تقدیم الأسبق منهما، و مع الاقتران یقدم من کان علی یمین صاحبه.

و کیف کان فان حلفا معا کانت بینهما علی النصف، و إلا فإن حلف الأول ثم نکل الثانی ردت الیمین علی الأول، و لا یکفیه الیمین الأولی، لأنها کانت علی نفی استحقاق صاحبه فیما هو بیده من النصف، و الیمین المردوده علی الإثبات، و هو أن نصف صاحبه له، نعم لو نکل الأول حلف الآخر یمینا واحده جامعه بین النفی و الإثبات من غیر خلاف یعرف فیه بینهم.

و لا یخفی ما فیه من الاشکال إن لم یکن إجماعا بناء علی الدعویین، ضروره اقتضاء تعدد الأسباب تعدد المسببات، و لعل فی ذلک تأییدا لما ذکرناه من عدم کونهما دعویین کی یترتب علی کل منهما یمین، بل هی مقاله واحده من کل منهما، فیمین کل منهما علی أن الجمیع له المقتضی عدم شی ء منه للآخر کاف فی اختصاصه بالحق علی القول بمدخلیه الیمین فی ذلک من غیر فرق بین الأخیر و الأول، فتأمل فإن منه یظهر لک النظر فی جمله من الکلمات، خصوصا المسالک و أتباعه، هذا کله إذا کانت یدهما علیها.

و أما لو کانت ید أحدهما خاصه علیها قضی بها للمتشبث مع یمینه إن التمسه الخصم المستحق لها علیه بلا خلاف

۱- ۱ راجع ج ۲۶ ص ۲۶۲.

و لا- إشكال، إذ هو أظهر أفراد قاعده «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه» التى لا- يخفى عليك ذكر أحكامها من القضاء بالنكول أو مع رد اليمين و غيره.

و لو كانت فى يد ثالث و يدهما معا خارجه عنها فان صدق من هى فى يده أحدهما أحلف و قضى له لأنه صار بالإقرار له، كذى اليد فى قيام الشاهد فعلا على ملكه، فيكون الثانى بالنسبه إليه مدعيا، و هو مدعى عليه.

و قد يناقش بعدم اقتضاء ذلك صدق كونه مدعى عليه عرفا فى تلك الدعوى المتعلقه أولا بمن فى يده المال، نعم له استئناف دعوى جديده نحو استئنافها لو انتزعها منه بيمين مردوده مثلا أو بشاهد و يمين، و تدفع تبعيه الدعوى بها لها فى يد من كانت.

و فيه أن الكلام فى المدعى عليه بينها لا بها، و لا ريب فى عدم كونه مدعى عليه قبل تصديقه الذى قد يفرض تأخيره عن دعوى الأول فتأمل.

و له اليمين على المصدق أيضا، لفائده الغرم مع النكول لا العين، و فى القواعد «و لو كانت فى يد ثالث حكم لمن يصدقه بعد اليمين منهما» أى الثالث و من يصدقه كما فى كشف اللثام، و فيه أن يمين المصدق لا دخل له فى الحكم بها لمن صدقه، و يمكن تعلق «منهما» بقوله: «يصدقه» فيكون المراد بعد اليمين من المقر له، و حينئذ تكون كعباره المصنف، لكنه خلاف الظاهر.

هذا و فى كشف اللثام أيضا و غيره «و المصدق يحلف للآخر إن ادعى علمه بملكه» و فيه أن الظاهر توجه اليمين عليه على البت، لأنه مدعى عليه.

اللهم إلا أن يقال: إنه بإقراره بها لأحدهما انصرفت تلك الدعوى

عنه لتبعيتها للعين، فيمين البت حينئذ على من صارت له، نعم تبقى عليه دعوى العلم لإراده الغرم.

و فيه أيضا أن الدعوى قد تعلقت به و العين فى يده على وجه استحق عليه اليمين على البت، لكن ستسمع من المصنف و غيره المفروغيه من انصراف الخصومه بالإقرار بالعين لمعين، و ليس المراد إلا انصراف تلك الدعوى و إن بقيت دعوى العلم للغرامه مع احتمال إراده انصرافها بالنسبه إلى انتزاع العين و إن بقيت الدعوى بها للغرامه، لكنه فى غايه البعد، و ستسمع إنشاء الله زياده لذلك فى المسأله الثالثه.

و إن قال: هى لهما قضى بها بينهما نصفين و أحلف كل منهما لصاحبه بناء على استحقاق اليمين، و كذا إن نكلا، و إن نكل أحدهما كان الكل للآخر، و فى كشف اللثام «و غرم الثالث النصف إن سلم إلى الناكل واعى الحالف عليه العلم فأحلفه فنكل» و هو لا يخلو من إشكال لوصول حقه تماما إليه.

اللهم إلا أن يقال: إنه وصل إليه باليمين المردوده، فهو كما لو وصل إليه بعوض لا يدفع الدعوى على من فى يده، مع أنه لا يخلو من نظر، ضروره الفرق بين الفرض و بين العوض الذى هو غرامه، نعم قد يشهد له أنه لو فرض سبق الدعوى على المصدق فنكل و حلف المدعى و غرم له ثم تداعيا بينهما فنكل أحدهما و حلف الآخر الذى قد غرم المصدق فانتزع العين من صاحبه فان المتجه حينئذ إرجاع الغرامه التى أخذها، لوصول العين إليه، و ليس له أزيد منها، مع أن الأصحاب قد أطلقوا الحكم فى الدعويين، و لم يشر أحد منهم إلى ترتيب بينهما، أو إلى رد ما اقتضاه أحدهما بعد انتزاع العين فى الأخرى، اللهم إلا أن يكون أو كلوا ذلك إلى ما تقتضيه القواعد، و هو ما عرفت، و قد صرح به فى المسالك

فی المسأله الثالثه من المقصد الأول فی الاختلاف فی الأملاک فتأمل جیدا.

و علی کل حال فقد عرفت أن لهما علی المصدق الیمین إن ادعیا علیه أو أحدهما العلم أو مطلقا، فان نکل حلف المدعی و غرم له النصف، فان حلفا غرم لهما الکل.

و لو دفعهما بأن قال: لیست لکما أقرت فی یده بعد الیمین لهما، فان نکل فکما لا ید لأحد علیه، فان قلنا بالتحالف فیه فان حلفا أو نکلا اقتسماه، و إن حلف أحدهما خاصه کان له.

و لو قال: لیست لی أو لا- أعرف صاحبها أو هی لأحدکما و لا أعرف عینه ففی القواعد «قرع بینهما، لتساویهما فی الدعوی و عدم البینه» و فی التحریر و کشف اللثام «فمن خرجت باسمه حلف و کانت له، فان نکل حلف الآخر، و إن نکلا قسمت بینهما- ثم قال-: و الوجه عندی التحالف وفاقا للتذکره، فإن حلفا أو نکلا کانت بینهما، و إلا فللحالف».

قلت: لا وجه للقرعه بعد ظهور الأدله فی التنصیف مع التساوی فی السبب المقتضی للملک، و الکلام فی اعتبار التحالف و عدمه فی القضاء بذلک ما عرفت، و حینئذ فلا إشکال و لا اشتباه حتی یحتاج إلی القرعه.

ثم إنه علی القول بها لا- حاجه حینئذ إلی الیمین، ضروره کونها هی میزان القضاء للدعوی المزبوره، و احتمال أنها تجعل من یخرج اسمه بها کصاحب الید یقتضی عدم القسمه بینهما مع فرض النکول منهما، ضروره أن النکول عن الیمین المردوده یوجب عدم الحق للناکل و انحصاره فی الراد.

ثم إن القرعه مع قوله لیست لی أو لا أعرف صاحبها فی غیر محله، لعدم ما یقتضی انحصار الحق فیهما کی یستخرج بالقرعه، و لعله لذا اقتصر ثانی الشهیدین فی احتمالها علی صوره إقراره لأحدهما، و التحقیق ما عرفت من عدم اعتبار القرعه هنا، بل یقضی فیها بالتنصیف بینهما مع التحالف أو بدونه علی القولین السابقین، و الله العالم.

[المسأله الثانيه يتحقق التعارض فى الشهاده مع تحقق التضاد]

المسأله الثانيه:

يتحقق التعارض فى الشهاده مع تحقق التضاد، مثل أن يشهد شاهدان بحق لزيد، و يشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو، أو يشهدا أنه باع ثوبا مخصوصا لعمرو غدوه، و يشهد آخران ببيعه بعينه لخالد فى ذلك الوقت و نحو ذلك، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك، كما إذا شهدت إحدى البينتين بملك أحدهما أمس و الأخرى بملك الآخر اليوم، عمل بالثانيه، لإمكان صدقهما معا.

و من المعلوم أنه مهما أمكن التوفيق بين الشهادتين وفق، فان لم يمكن بأن تحقق التعارض بينهما على وجه يقتضى صدق كل منهما تكذيب الأخرى، كما لو شهدت إحداهما أن هذه العين ملك زيد الآن و الأخرى تشهد أنها ملك عمرو الآن ف لا يخلو الحال عن أحد أمور ثلاثه أو أربعه، لأنه إما أن تكون العين فى يدهما أو فى يد أحدهما أو فى يد ثالث أو لا يد لأحد عليها ففى الأول يقضى بها بينهما نصفين من دون إقراع و لا ملاحظه ترجيح بأعدليه أو أكثريه بلا خلاف أجده بين من تأخر عن القديمين الحسن و أبى على، بل صرح غير واحد منهم بعدم الالتفات إلى المرجحات الآتيه فى غير هذه الصوره.

و فى المسالك «لا إشكال فى الحكم بها بينهما نصفين، لكن اختلف فى سببه، فقيل: لتساقط البينتين بسبب التساوى، فيبقى الحكم كما لو لم تكن بينه، و قيل: لأن مع كل منهما مرجحا باليد على نصفهما فقدمت بينته على ما فى يده، و قيل لأن يد كل واحد على النصف، و قد

أقام الآخر بينه عليه فيقضى له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، فكل منهما قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الأخرى، و لذا لم يلحظ ترجيح بالعدد و العداله، و هذا هو الأشهر، و تظهر الفائده حينئذ فى اليمين على من قضى له، فعلى الأول يلزم لكل منهما، و على الآخرين لا يمين، لترجيح كل من البينتين باليد على أولهما، فنعمل بالراجح، و لأن البينه ناهضه بإثبات الحق على الثانى، فلا يمين معها».

قلت: لكن فى التحرير بعد أن ذكر تعليل التنصيف بما سمعت مصرحا بكونه من تقديم بينه الخارج قال: «و هل يحلف كل واحد على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين؟ الأقوى عندى الأول مع احتمال الثانى».

و فى التنقيح بعد أن ذكر التنصيف و جعل منشأه دائرا بين الأخيرين، و أنه على أولهما يقضى لكل منهما بما فى يده، و على ثانيهما يقضى له بما فى يد غريمه قال: «يكون لكل منهما اليمين على صاحبه، فان حلفا أو نكلا فالحكم كما تقدم، و إن حلف أحدهما و نكل الآخر قضى بها للحالف».

و عن مهذب أبى العباس التصريح باليمين بناء على كون المنشأ دخولهما، و لعل ذلك منه خلافا فى أصل المسأله، و هو أن تقديم بينه الداخل بمعنى إسقاطها بينه الخارج، لا أنها حجه، فيرجع الحاصل- كما لو لم تكن بينه- على المنكر منهما اليمين، و هو الذى قواه فى المختلف بعد أن حكى القولين فى ذلك، بل هو قوى فى نفسه، لاشتمال دليل تقديم بينه الداخل على اليمين كما ستعرف.

كما أن القول باليمين مع القول بكون المنشأ تقديم بينه الخارج لعله ل

خبر إسحاق بن عمار(۱)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «إن رجلين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

اختصما إلى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى دابه فى أيديهما و أقام كل واحد منهما البينه أنها نتجت عنده، فأحلفهما على (عليه السلام) فحلف أحدهما و أبى الآخر أن يحلف فقضى بها للحالف، فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما و أقاما البينه، فقال: أحلفهما، فأيهما حلف و نكل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جميعا جعلتها بينهما نصفين، قيل:

فان كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا البينه، قال: أقضى بها للحالف الذى هو فى يده».

بل ربما كان هو دليل التحالف على القول الأول و إن لم نقل به فى غيره، إلا أنه خبر واحد، و فى سنده ما فيه، و المشهور نقلا و تحصيلا على خلافه، فلا يصلح

مقيدا لما دل مما تسمعه من النصوص(۱)و غيره على التنصيف بدونه، و كان ذلك هو العمده فى القول به، ضروره أنه لو كان منشأه عند المصنف ما ذكره كان المتجه عنده التحالف مع عدم البينه، و قد عرفت عدمه عنده، بل كان ينبغى ملاحظه ما تسمعه منه من التفصيل فى تقديم بينه الخارج على بينه الداخل، فمن ذلك و غيره يعلم أن ذلك ليس منشأ حقيقه و إن ذكروه تقريبا للمقصود.

و يؤيده أيضا ما قدمناه سابقا من أن يد كل منهما على الكل لا النصف، بل الظاهر عدم اندراج بينه كل منهما تحت ما دل على تقديم بينه المدعى، لما تقدم من أن فى كل منهما عنوان المدعى عليه باعتبار اليد، على أن العمل بنصف ما يشهد به بينه كل منهما ليس عملا ببينه خارج، ضروره كون المشهود به الجميع فتأمل، فليس هذا منهم إلا تأييدا لما قلناه سابقا من استفاده القضاء فى ذلك بالنصف، فيكون حينئذ ذلك ميزانا من موازين القضاء من غير حاجه إلى تحالف.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم.

و يدل عليه- مضافا إلى ما أسلفناه فى كتاب الصلح(۱)من خبر الدرهمين(۲)و قاعده توارد السببين الممكن إعمالهما معا على مسبب واحد نحو المتسابقين على حيازه مباح- إطلاق

خبر تميم بن طرفه(۳)«إن رجلين ادعيا بعيرا فأقام كل واحد منهما بينه، فجعله أمير المؤمنين (عليه السلام) بينهما»

لكن فى بعض النسخ «عرفا بعيرا» و حينئذ يكون ظاهرا فى غير المقام، بل قد يقال بظهور «ادعيا» فى ذلك لا تداعيا فى ما بينهما.

و إطلاق

قوله (عليه السلام) فى الخبر الآتى(۴): «لو لم تكن فى يد أحدهما جعلتها بينهما نصفين»

مضافا إلى إطلاق النبوى(۵)السابق و غيره.

بل هو كاد يكون صريح

المرسل(۶)عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أيضا «فى البينتين تختلفان فى الشى ء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا عدلت بينه كل واحد منهما و ليس فى أيديهما، فأما إن كان فى أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان فى يد أحدهما فالبينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه».

و حينئذ فما عن ظاهر ابن أبى عقيل- من اعتبار القرعه التى هى لكل أمر مشكل فى خصوص ما نحن فيه لأن التنصيف تكذيب للبينتين- كأنه اجتهاد فى مقابله النص، على أن نصوص القرعه(۷)فى المقام مع عدم

۱- ۱ راجع ج ۲۶ ص ۲۲۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من كتاب الصلح الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۳.

۵- ۵ سنن البيهقى- ۱۰ ص ۲۵۵.

۶- ۶ المستدرك الباب- ۱۰- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۵ و ۶ و ۷.

التصریح فی شی ء منها بخصوص الفرض لاستخراج من یکون علیه الیمین، و هو خلاف ظاهر المحکی عنه من التعویل علیها بدونه.

و کذا ما عن ابن الجنید من أنه مع تساوی البینتین تعرض الیمین علی المدعیین، فان حلف أحدهما استحق الجمیع، و إن حلفا اقتسماها، و مع اختلافهما یقرع، فمن أخرجته القرعه حلف و أخذ العین، فإنه کما تری لا دلیل علیه، بل ظاهر الأدله السابقه خلافه.

هذا و فی الریاض بعد أن نسب المختار- الذی هو التنصیف تساوت البینتان عددا و عداله و إطلاقا و تقییدا أو اختلفت- إلی الأشهر، بل عامه من تأخر إلا نادرا، قال: «خلافا للمهذب، و به قال جماعه من القدماء، فخصوا ذلک بما إذا تساویا فی الأمور المتقدمه کلها، و حکموا مع الاختلاف فیها لأرجحها، و اختلفوا فی بیان المرجح لها، فعن المفید اعتبار الأعدلیه خاصه هنا و إن اعتبر الأکثریه فی غیرها، و عن الإسکافی اعتبار الأکثریه خاصه، و فی المهذب اعتبارهما مرتبا بینهما الأعدلیه فالأکثریه، و عن ابن حمزه فی اعتباره التقیید أیضا مرددا بین الثلاثه غیر مرتب بینها، و عن الدیلمی اعتبار المرجح مطلقا غیر مبین له أصلا».

و لم أعرف نقل هذه الأقوال علی الوجه المزبور فیما نحن فیه لغیره، و الذی عثرت علیه فی المقنعه فی المسأله أجمع «و إذا تنازع نفسان فی شی ء و أقام کل

واحد منهما بینه علی دعواه بشاهدین عدلین و لا ترجیح لبعضهم علی بعض بالعداله حکم لکل واحد من النفسین بنصف الشی ء، و کان بینهما جمیعا نصفین، و إن رجح بعضهم علی بعض فی العداله حکم لأعدلهما شهودا و إن کان الشی ء فی ید أحدهما و استوی شهودهما فی العداله حکم للخارج الید منه و نزعت ید المتشبث به منه، و إن کان لأحدهما شهود أکثر عددا من شهود صاحبه مع تساویهم فی العداله حکم لأکثرهما شهودا

مع يمينه بالله عز و جل على دعواه» و ليس فيها ما نحن فيه بالخصوص.

و الذى عثرت عليه فى النهايه أيضا فى المسأله «و من شهد عنده شاهدان عدلان على أن هذا لزيد و جاء آخران يشهدان أن ذلك الحق لعمرو فان كانت أيديهما خارجه منه فينبغى أن يحكم لأعدلهما شهودا، فان تساويا فى العداله كان الحكم لأكثرهما شهودا مع يمينه بأن له الحق، فإن تساويا فى العدد أقرع بينهم، فمن خرج عليه حلف و كان الحكم له، فان امتنع من خرج اسمه فى القرعه عن اليمين حلف الآخر، و كان الحكم له، فان امتنعا جميعا من اليمين كان الحق بينهما نصفين، و متى كان مع واحد منهما يد متصرفه فإن كانت البينه تشهد أن الحق ملك له فقط و تشهد الأخرى بالملك أيضا انتزع الحق من اليد المتصرفه، و أعطى اليد الخارجه، و إن شهدت البينه لليد المتصرفه بسبب الملك من بيع أو هبه أو معاوضه كانت أولى من اليد الخارجه» و لم يتعرض أيضا فيها لخصوص ما نحن فيه.

و أما ابن حمزه فقد ذكر فى خصوص ما نحن فيه أنه إن تساوى البينتان كان المدعى به بينهما نصفين، و إن اختلفا لم يخل من ثلاثه أوجه: إما أن تكون إحداهما مطلقه و الأخرى مقيده، و الحكم للمقيده، أو تكون إحداهما عادله و الأخرى غير عادله، و الحكم للعادله، أو تكون إحداهما أكثر مع التساوى فى العداله، و الحكم لأكثرهما عددا.

و على كل حال لا أعرف دليلا يعتد به على شى ء منها على وجه يصلح لمعارضه ما عرفت.

و ما عساه يتخيل- من الدليل عليها فى الجمله من كون الشهاده كالاخبار المتعارضه التى يرجع فيها إلى الترجيح بغير المنصوص فضلا عنه- واضح الفساد، ضروره وضوح الفرق بينهما بأن مبنى حجيه الخبر خصوصا فى مقام التراجيح على قوه الظن بخلاف الشهاده المعلوم عدم

اعتبار ذلک فیها، بل الترجیح فیها مقصور علی مقام خاص منها بمرجح خاص للدلیل الخاص، بل لو رجح إحدی البینتین علی الأخری بشهاده جمله من الفساق علی مضمون إحداهما لکان من منکرات الفقه.

و أما الاستدلال علی بعضها بإطلاق بعض النصوص ففیه أنه یجب الخروج عنه بالأدله السابقه المعتضده بما سمعت، فلا محیص حینئذ عن القول بالتنصیف من دون ملاحظه شی ء من هذه المرجحات، نعم فی اعتبار التحالف و عدمه ما عرفته سابقا حال عدم البینه، بل لعل القول بعدمه هنا أولی علی بعض الوجوه المتقدمه. هذا کله فی القسم الأول.

و أما الکلام فی الثانی الذی هو أن تکون العین فی ید أحدهما فالمشهور بین الأصحاب شهره عظیمه أنه یقضی بها للخارج دون المتشبث ان شهدتا لهما بالملک المطلق مع التساوی فی العدد و العداله و عدمه، بل عن الخلاف و الغنیه و السرائر و ظاهر المبسوط الإجماع علیه، بل عن الأول و الأخیر نسبته إلی أخبار الفرقه، و هو الحجه بعد المرسل السابق عن أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۱)المنجبر بما سمعت، و التعلیل فی

خبر منصور(۲)عن الصادق (علیه السلام) «قلت له: رجل فی یده شاه فجاء رجل فادعاها و أقام البینه العدول أنها ولدت عنده لم یبع و لم یهب و جاء الذی فی یده بالبینه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم یبع و لم یهب، قال أبو عبد الله (علیه السلام):

حقها للمدعی، و لا أقبل من الذی هی فی یده بینه، لأن الله عز و جل أمر أن تطلب البینه من المدعی، فان کانت له بینه و إلا فیمین الذی هو فی یده، هکذا أمر الله عز و جل».

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۱۴.

و منه يظهر وجه الاستدلال أيضا

بالخبر المشهور(۱)و هو «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بناء على أن المراد منه عدم قبول بينه للمنكر، و أن ذلك مختص بالمدعى، و إن كان دلالته على ذلك مع قطع النظر عن الخبر المزبور لا تخلو من نظر، ضروره عدم دلالته على أزيد من استحقاق المدعى على المنكر اليمين دون البينه بخلاف المنكر، فان له على المدعى البينه، و هو غير قبول البينه من المنكر و لو فى الجمله، المستفاد مما تسمعه من نصوص(۲)الباب و فتاوى الأصحاب.

مضافا إلى عموم ما دل على حجيه شهاده العدلين كتابا(۳)و سنه(۴)و لا معارض لذلك كله إلا خبر منصور(۵)المزبور الذى فى سنده ما فيه، و موافق لصريح المنقول عن ابن حنبل، و لعل ذلك لا يخلو من قوه و إن قلنا فى خصوص الفرض بعدم النظر إليها فى مقابله بينه المدعى و إن جمعت المرجحات أجمع للإجماعات المحكيه و غيرها.

و كيف كان ف فيه قول آخر ذكره فى الخلاف و هو تقديم بينه الداخل، لكنه بعيد لما عرفت، بل لم نتحققه قولا له، و ذلك لأن المحكى عنه فى البيع فى مسأله العبد الذى يد أحدهما عليه «أن البينه بينه الخارج و إن شهدتا بالسبب» و فى كتاب الدعاوى «إذا ادعيا ملكا مطلقا و يد أحدهما عليه كانت بينته أولى، و كذلك إن أضافاه إلى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۵ و الباب- ۲۵- منها- الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم.

۳- ۳ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱- من أبواب كيفيه الحكم.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۴.

سبب، و إن ادعى الملک مطلقا و الخارج أضافه إلى سبب كانت بينه الخارج أولى، و به قال الشافعى، و قال أصحاب الشافعى: إذا تنازعا عينا يد أحدهما عليها و أقام كل واحد منهما بينه سمعنا بينه كل واحد منهما، و قضينا لصاحب اليد، سواء تنازعا ملكا مطلقا أو ما يتكرر، فالمطلق كل ملک لم يذكر أحدهما سببه» و ما يتكرر كآنيه الذهب و الصفر و الحديد، يقول كل واحد: صيغ فى ملكى، و هذا يمكن أن يصاغ فى ملک كل واحد منهما، و كذلک ما يمكن نسجه كالصوف و الخز، و ما لا يتكرر سببه مثل ثوب قطن و إبريسم، فإنه لا يمكن أن ينسج دفعتين، و كذلک النتاج لا يمكن أن تولد الدابه دفعتين و كل واحد منهما

يقول: ملكى نتج فى ملكى، و به قال شريح و النخعى و مالک و الشافعى، و هل يحلف مع البينه: على قولين- إلى أن قال-: و قال أبو حنيفه و أصحابه: إن كان التداعى ملكا مطلقا أو ما يتكرر سببه لم تسمع البينه من المدعى عليه، و هو صاحب اليد و إن كان ملكا لا يتكرر سببه سمعنا بينه الداخل، و هذا هو الذى يقتضيه مذهبنا، و قد ذكرناه فى النهايه و المبسوط و كتابى الأخبار، و قال:

أحمد لا تسمع بينه صاحب اليد بحال فى أى مكان كان، و روى ذلک أصحابنا- إلى أن قال-: و يدل على مذهبنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و

الخبر المشهور(۱)عن النبى (صلى الله عليه و آله) «البينه على المدعى و اليمين على المدعى عليه»

و يدل على الأول ما رواه جابر(۲)و ما رواه غياث(۳)أى المشتملان على تقديم بينه ذى اليد مع ذكر السبب، و هو النتاج فى كل منهما».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۵.

۲- ۲ سنن البيهقى- ج ۱۰ ص ۲۵۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳.

و الظاهر أن ما ذكره أولا ليس مـذهبا له، بل مـذهبه الأخير الذى استدل عليه بما عرفت، نعم فى كشف اللثام نسـبه الخلاف فى المقام إلى المبسوط و الوسـيله فقدما بينه الداخل لتأيد البينه باليد، و لما سـيأتى من أدله التقديم مع شـهادتهما بالسـبب بناء على مسـاواه الإطلاـق له أو أولـويته منه، و هـل يسـتحلف مـع ذلـك؟ فعن الشـيخ لاـ بنـاء على اسـتعمال بينته، و الأـقوى نعم، للنص الكاشف أن بينته دفعت بينه المدعى بعد فرض عموم الدليل على حجيه الجميع، فيبقى حينئذ اسـتحقاق المدعى عليه اليمين على مقتضى إطلاق دليله.

و إلى الصدوقين و المفيد لحكمهم بترجيح بينه الخارج بعد التساوى عداله، و زاد المفيد و عددا، ل

خبر أبى بصير(۱)سأل الصادق (عليه السـلام) «عن رجل يأتى القوم فيـدعى دارا فى أيـديهم و يقيم الذى فى يديه الدار البينه أنه ورثها عن أبيه و لا يدرى كيف كان أمرها، فقال:

أكثرهم بينه يسـتحلف و تـدفع إليه، و ذكر أن عليـا (عليه السـلام) أتـاه قوم يختصـمون فى بغله فقامت البينه لهؤلاء أنهم أنتجوها على مـذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا و أقام هؤلاء البينه أنهم أنتجوها على مـذودهم لم يبيعوا و لم يهبوا، فقضـى بها لأكثرهم بينه و اسـتحلفهم، قال: فسألته حينئذ فقلت: أ رأيت إن كان الذى ادعى الدار قال: إن أبى هذا الذى هو فيها أخذها بغير ثمن، و لم يقم الذى هو فيها بينه إلا أنه ورثها عن أبيه، قال: إذا كان أمرها هكذا فهى للذى ادعاها و أقام البينه عليها».

قال الصدوق: «لو قال الذى فى يده الدار: إنها لى و هى ملكى و أقام على ذلك بينه و أقام المدعى على دعواه بينه كان الحق أن يحكم بها للمدعى، لأن الله تعالى إنما أوجب البينه على المدعى و لم يوجبها على المدعى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

علیه، و لکن هـذا المـدعی علیه ذکر أنه ورثها من أبیه، و لا یدری کیف أمرها، و لهذا أوجب الحکم باسـتحلاف أکثرهم بینه و دفع الدار إلیه».

و لعل التأمل فی کلامه هذا یقتضـی موافقته علی تقدیم بینه الخارج فی المقام، نعم یسـتحلف أکثرهم بینه مع تقیید بینه الداخل، و حینئذ فنقل خلاف ذلک عنه لا یخلو من إشکال.

و علی کل حال فلا یخفی علیک أخصـیه الدلیل من الدعوی، لعدم تعرض للأعدلیه فیها، بل خروجه عنها، ضـروره ذکر السـبب فی بینـه المنکر و الإطلاـق فی بینـه المـدعی، بـل لاـ یخلـو ذیلـه من منافـاه لصـدره، إلاـ أن یفرض الأـول علی جهه (وجه خ ل) التعارض، و الثانی علی عدمه.

و إلی أبی علی فرجـح ذا الیـد مع تسـاوی البینتین، و حکم بإحلافهما، قال: «فان حلفا جمیعا أو أبیا أو حلف الـذی فی یـده کان محکومـا للـذی هی فی یـده بهـا، فـان حلف الـذی لیست فی یـده و أبی الـذی فی یـده أن یحلف حکم بها للحالف قال-: و لو اختلف أعداد الشـهود و کان الذی هی فی یده أکثر شهودا کان أولی بالیمین إن بذلها، فان حلف حکم له بها، و لو کان الأکثر شهودا، الـذی لیست فی یـده فحلف و أبی الـذی هی فی یـده أن یحلف أخرجت ممن کانت فی یده و سـلمت إلی الحالف مع شهوده الأکثر من شهود من کانت فی یده».

و هو کمـا تری و إن قـال فی کشف اللثام: «لعله جمع بین نصوص تقـدیم ذی الیـد و ما أطلق من النصوص بتقـدیم الأرجـح من البینتین».

و کیف کان ف لو شـهدتا بالسبب قیل و القائل الشـیخ فی ظاهر النهایه و المحکی عن کتابی الأخبار یقضـی لصاحب الید و إن أطلق فی الأول تقدیم بینته إذا شهدت بالسبب و خصها فی الأخیرین بما إذا شهدتا به لقضاء علی (علیه السلام) فی الدابه

فی ما رواه

إسحاق(۱)عن أبی عبـد الله (علیه السـلام) «إن رجلین اختصـما إلی أمیر المؤمنین (علیه السـلام) فی دابه فی أیـدیهما و أقـام کل واحـد منهمـا البینه أنهـا نتجت عنـده، فأحلفهما علی (علیه السـلام) فحلف أحـدهما و أبی الآخر أن یحلف، فقضـی بها للحالف، فقیـل: فلو لم یکن فی یـد واحـد منهمـا و أقامـا البینه، قـال: أحلفهمـا فأیهما حلف و نکل الآخر جعلتها للحالف، فان حلفا جمیعا جعلتها بینهما نصفین، قیل:

فان کانت فی ید أحدهما و أقاما جمیعا بینه، قال: أقضی بها للحالف الذی هی فی یده».

و خبر غیاث(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «إن أمیر المؤمنین (علیه السلام) اختصم إلیه رجلان فی دابه کلاهما أقاما البینه أنه أنتجها فقضی بها للذی هی فی یده و قال: لو لم تکن فی یده جعلتها بینهما نصفین».

مؤیدا ذلک بما رواه

العامه عن جابر بن عبد الله الأنصاری(۳)«إن رجلین تداعیا دابه و أقام کل منهما بینه أنها دابته أنتجها فقضـی رسول الله (صلی الله علیه و آله) للذی فی یده».

و قیـل و القائـل المشـهور علی مـا حکی بـل عن الغنیه الإجمـاع علیه یقضـی للخـارج ل لأـدله التی سـمعتها سابقـا التی منها خبر منصور(۴)السابق المشتمل مع ذلک علی أنه لا بینه علی ذی الید کما لا یمین علی المدعی، عملا ب

قوله (صلی الله علیه و آله)(۵): «و الیمین علی من أنکر»

و التفصیل قاطع للشرکه و إن کان فیه ما فیه.

و منه یعلم ما فی قوله و هو أولی لما عرفت، و لکن علیه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۳- ۳ سنن البیهقی- ج ۱۰ ص ۲۵۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۴.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۳.

لا إشكال فى تقديمها مع فرض تقييد بينه الخارج و إطلاق بينه الداخل، و هى الصوره الثالثه التى تركها المصنف اعتمادا على ظهور حكمها بالأولويه القطعيه على التقدير المزبور و إن كان الذى يقوى خلافه للخبرين(۱)المؤيدين بخبر جابر(۲)و بما دل على حجيه شهاده العدلين و لو من المنكر، حتى نصوص المقام، و مقتضاها حينئذ دفع حجه المدعى الذى لم يعلم تقدمها عليها، فيقى حق اليمين على المنكر بحاله الذى مقتضى دليله استحقاقه و لو كان مع المنكر بينه، خلافا للمحكى عن الشيخ فأسقط اليمين عنه ترجيحا لبينته باليد على بينه الخارج، فكما لا يحلف الخارج لا يحلف الداخل، و هو مبنى على عدم تساقط البينتين، بل على استعمالهما، و الأقوى ما عرفت.

و على كل حال فما عن المجلسى من حمله النصوص المزبوره على التقيه لشهرته بين العامه فتوى و روايه يدفعه ما سمعت من موافقه خبر بينه الخارج لأحمد بن حنبل أيضا، بل ملاحظه كلام العامه يقضى باضطراب أقوالهم فى ذلك على وجه لا تقيه فى إظهار الحق فيما بينها، خصوصا مع نسبته إلى على (عليه السلام) على أن المحكى عن الشيخ نسبته إلى مذهبنا و أنه الذى تدل عليه أخبارنا، فكيف يحمل مثله على التقيه، و الله العالم.

هذا كله مع تقييدهما أما لو شهدت للمتشبث بالسبب و للخارج بالملك المطلق فإنه يقضى لصاحب اليد سواء كان السبب مما لا يتكرر كالنتاج و نساجه الثوب

الكتان أو يتكرر كالبيع و الصياغه كما عن الشيخ فى النهايه و كتابى الأخبار و المبسوط و القاضى و الطبرسى و الفاضلين و الشهيدين، بل عن الأول الاشعار بالإجماع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۲ و ۳.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۱۰ ص ۲۵۶.

حیث قال: «قبلناها» بل عنه أیضا أنه قال: «بلا خلاف بیننا لقوه البینه حینئذ».

قیل: و لما فی

خبر عبد الله بن سنان(۱)«أن أمیر المؤمنین (علیه السلام) کان إذا اختصم الخصمان فی جاریه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها فکان إذا أقاما البینه جمیعا قضی بها للذی أنتجت عنده»

بناء علی أن مبنی ذلک قوه النتاج علی الشراء، و فیه أن ذلک یقتضی الترجیح فی الأسباب، و لم یلتزم به القائل المزبور فی المقیدتین، و لعل الأولی الاستدلال له بإطلاق قول أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۲)المتقدم.

و قیل و القائل ابن إدریس فیما حکی عنه بل یقضی للخارج و إن شهدت بینته بالملک المطلق بل فی الریاض عن الصدوقین و المفید و الحلبی و ابن زهره إطلاق تقدیم بینه الخارج، بل عن الأخیر الإجماع علیه عملا بالخبر.

و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده المقتضیه حجیه البینه من المدعی و المنکر، فاما أن یفزع إلی ترجیح بینه المنکر بالتقیید و الید، أو یقال: لا دلیل علی الترجیح بهما، و مقتضاه تکافؤهما و بقاء الدعوی، کما إذا لم تکن بینه، فیتوجه الیمین علی صاحب الید الذی هو المدعی علیه لغه و شرعا و عرفا، و علیه ینزل قول أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی الخبرین(۳)السابقین، و یستفاد منه ما نحن فیه بالأولویه، نعم یشکل الاستدلال للمصنف القائل فی مفروض الخبرین بتقدیم بینه الخارج، إذ لا وجه للأولویه حینئذ، فلیس له إلا ما عرفت، و فیه ما سمعت.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲ و ۳.

و بـذلك كله ظهر لـك أن الأـقوى تقـديم بينه الـداخل إلاـ فى المطلقتين إن تم الإجمـاع عليهـا، و أولى منهـا مـا إذا كانت بينه الخارج مقيده و الداخل مطلقه، و إن أمكن ترجيح ما ذكره المصنف بالشهره على فرض تحققها، و الله العالم.

و أما لو كانت فى يد ثالث و هى الصوره الثالثه ففى المتن و غيره قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا، و مع التساوى عددا و عداله يقرع بينهما، فمن خرج اسـمه أحلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و إن نكلا قضى به بينهمـا بالسويه بل فى المسالك و غيرها نسـبته إلى الشـهره، بل فى الغنيه الإجماع عليه، بل فى الرياض نسـبته إلى الأشـهر، بل عـامه متـأخرى أصـحابنا و النهـايه و كتـابى الحـديث و موضع من الخلاف و الحلى و القاضـى و الحلبى و ابن حمزه و يحيى بن سعيـد و ابن زهره، مع أنه هو بعـد ذلك قـد اعترف باختلاف كثير من فتاوى القـدماء فى الترجيح بالأعدليه و الأكثريه و الرجوع بعد التساوى فيهما إلى القرعه.

قال: «فبين من اقتصر على اعتبار الأعـدليه خاصه كالمفيد، من اقتصـر على اعتبار الأكثريه كذلك كالاسـكافى و الصدوقين، نعم ذكرا قبل اعتبارها إن أحق المدعيين من عدل شاهداه، فان اسـتوى الشهود فى العداله فأكثرهما شهودا، و هو ليس نصا فى اعتبار الأعـدليه، و بين من اقتصـر على اعتبارهمـا خاصه و لم يـذكر الترتيب بينهما و لا القرعه بعـدهما كالشـيخ فى موضع من الخلاف قائلاـ إنه الظـاهر من مـذهب الأصـحاب، و بين من اقتصـر على ذكر المرجـح مطلقـا من دون بيان له و لا ذكر قرعه كالـديلمى و الشـيخ فى موضع من الخلاف، لكنه ذكر القرعه بعـد العجز عن الترجيح مدعيا عليه الإجماع من الإماميه، و بين من فصل بعين ما فى

العباره لکنه مقدما للأکثریه علی الأعدلیه کالحلی فی السرائر و عزه إلی ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوی الإجماع علیه، و بین من اقتصر علی القرعه خاصه کالعمانی».

و من الغریب الرکون بعد ذلک إلی دعوی شهره محققه فضلا عن إجماع ابن زهره، و أغرب من ذلک اعتماده فی الریاض علیه، و جعله هو الجامع بین النصوص و الفتاوی المختلفه قال: «خصوصا بعد اعتضاده بالشهره المحکیه، و ما سمعته من إجماع الشیخ صریحا و ظاهرا و إجماع السرائر فی الجمله» إذ هو کما تری لا یفید الفقیه طمأنینه، علی أنه لیس علی جمیع الأحکام المزبوره، قال: «و إن کان مع کل منهما بینه و لا ید لأحدهما حکم لأعدلهما شهودا، فان استویا فی ذلک حکم لأکثرهما شهودا مع یمینه، فان استویا أقرع بینهما، فمن خرج اسمه حلف و حکم له، و إن کان لکل واحد منهما ید و لا بینه لأحدهما کان الشی ء بینهما نصفین، کل ذلک بدلیل إجماع الطائفه» و هو خال عن حلف الآخر و عن القضاء بالنصف مع نکولهما.

و علی کل حال فلا ریب فی عدم الوثوق بالإجماع المزبور بعد ما عرفت خصوصا مع شده اختلاف النصوص أیضا، ف

فی الصحیح(۱)«أن علیا (علیه السلام) أتاه قوم یختصمون فی بغله فقامت البینه أنها لهؤلاء أنتجوها علی مذودهم لم یبیعوا و لم یهبوا و قامت لهؤلاء البینه بمثل ذلک، فقضی بها لأکثرهم بینه و استحلفهم».

و فی

صحیح داود(۲)عن أبی عبد الله (علیه السلام) «فی شاهدین شهدا علی أمر واحد و جاء آخران فشهدا علی غیر الذی شهدا و اختلفوا قال: یقرع بینهم، فأیهم قرع فعلیه الیمین، و هو أولی بالقضاء».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۶.

و نحوه

الصحيح الآخر(۱)عنه (عليه السلام) أيضا غير أنه قال:

«أولى بالحق».

و فى

خبر البصرى(۲)عنه (عليه السلام) أيضا قال: «كان على (عليه السلام) إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود عدلهم سواء و عددهم سواء أقرع بينهم على أيهم

يصير اليمين، قال: و كان يقول: اللهم رب السماوات السبع أيهم كان الحق له فأده إليه، ثم يجعل الحق للذى يصير عليه اليمين إذا حلف».

و فى

موثق سماعه(۳)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «أن رجلين اختصما إلى على (عليه السلام) فى دابه فزعم كل واحد منهما أنها نتجت على مذوده و أقام كل واحد منهما بينه سواء فى العدد، فأقرع بينهما سهمين فعلم السهمين كل واحد بعلامه- ثم قال-: اللهم رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و رب العرش العظيم عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم، أيهما كان صاحب الدابه و هو أولى بها فأسألك أن تخرج سهمه، فخرج سهم أحدهما فقضى له بها».

و نحوه

خبر عبد الله بن سنان(۴) إلا أنه قال فى آخره: «فأسألك أن تقرع و تخرج اسمه، فخرج اسم أحدهما فقضى له بها»

إلى غير ذلك من النصوص التى تقدم بعضها أيضا.

إنما الكلام فى استنباط الأحكام المذكوره أو غيرها منها، فالتحقيق أن يقال: إنه يمكن استفاده ترجيح الحكم المزبور فى خصوص هذه الصوره بتخصيص نصوص القرعه بما إذا تساوت البينتان عددا و عداله و لم تكن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۵.

العین فی أیدیهما، أما الأول فواضح، و أما الثانی فلما سمعته من النص(۱)الدال علی التنصیف فی ما إذا کان بأیدیهما، و علی أن القول قوله إذا کان فی ید واحد منهما(۲)و أصرح من ذلک

المرسل(۳)عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) أیضا «فی البینتین یختلفان فی الشیء الواحد یدعیه الرجلان أنه یقرع بینهما فیه إذا اعتدلت بینه کل واحد منهما

و لیس فی أیدیهما، فإن کان فی أیدیهما فهو فیما بینهما نصفان، و إن کان فی ید أحدهما فالبینه فیه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه».

بل منه یستفاد عدم العبره بهذه المرجحات فی غیر هذه الصوره، و لذا لم یعتبرها الأکثر فی غیرها، خلافا لمن عرفت.

کما أنه یستفاد أیضا منه و من خبر البصری(۴)کون الأعدلیه مرجحه، ضروره عدم صدق الاعتدال معها، بل ذکرها مع العدد فی خبر البصری یقتضی کونها مثله فی الترجیح المستفاد من دلیله بالخصوص، و إلا لم یکن ثمره لذکره معه بعد فرض معلومیه کونه بمجرده مرجحا، کما سمعت التصریح به فی الصحیح(۵).

نعم قد یقال: إن المتجه بناء علی ذلک ما سمعته من ابن إدریس ناسبا له إلی ظاهر الأصحاب من تقدیم الأکثریه علیها، لإطلاق دلیلها القاضی بالرجوع إلیها و لو مع الأعدلیه فی الجانب الآخر، و لا ینافی ذلک

۱- ۱ لم یتقدم فیما سبق ما یدل علی التنصیف فیما إذا کان بأیدیهما غیر المرسل الذی سیذکره، و ما دل علی التنصیف فیما تقدم هو خبری إسحاق و غیاث و موردهما ما لو لم تکن فی ید واحد منهما.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲ و ۳.

۳- ۳ المستدرک الباب- ۱۰- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱.

ثبوت الترجیح بها فی الجمله إلا أن المشهور خلافه کما عرفت، و لعله لإطلاق ما دل علی الترجیح بهما من النص و غیره، فیحصل التعارض بینهما فی صوره اختلاف البینتین بالأعدلیه فی واحده و الأکثریه فی الأخری شبه التعارض من وجه. و لا ریب فی أن الترجیح للأعدلیه، لإجماع ابن زهره المعتضد بالشهره المحققه بین الأصحاب و وجود ذلک فی رساله علی بن بابویه التی قیل فیها: کانوا إذا أعوزتهم النصوص رجعوا إلیها و فی النهایه التی هی متون الأخبار و غیر ذلک.

و أما اشتراط الیمین لمن خرج بالقرعه فهو صریح بعض النصوص(۱)بل

قوله (علیه السلام) فی خبر البصری(۲): «ثم یجعل»

إلی آخره مشعر بما ذکره الأصحاب من کون الیمین علی الآخر إذا لم یحلف المخرج بالقرعه، ضروره اقتضاء الشرط عدم کون الحق له بعدم الیمین و الفرض أنه منحصر فیهما، و احتمال ثبوته للآخر من دون یمین مناف ل

قوله (صلی الله علیه و آله)(۳): «إنما أقضی علیکم بالبینات و الأیمان»

مع أن ثبوته فیمن أخرجته القرعه یقتضی أولویته بذلک، بل لعل إقراع الامام لاستخراج من یصیر علیه الیمین یراد منه الأعم من الصیروره و لو بالأخره، بل لعل إجماله ب

قوله (علیه السلام): «ثم یجعل»

إلی آخره إشاره إلی ذلک، فتأمل فإنه دقیق.

بل منه یعلم اعتبار الیمین أیضا من ذی البینه المرجحه بغیر القرعه کالأعدلیه و الأکثریه، و إن ترک المصنف و جماعه التعرض له فیهما، حتی ظن بعض الناس الخلاف فی ذلک، إلا أن الظاهر کون ترکه اعتمادا علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱ و فیه « إنما أقضی بینکم بالبینات و الأیمان».

ما ذكروه في القرعه التي هي أحد المرجحات للبينه، كما يومئ إليه بعض نصوصها(۱)على أنه قد نص عليه في الأكثريه التي ذكرت في الخبر(۲)مع الأعدليه على وجه يظهر اتحادهما في كيفيه الترجيح، و لذا نص غير واحد على اليمين فيها، كما نص عليه بعض في الأعدليه.

و حينئذ فاحتمال عدم اليمين فيهما أو في خصوص الأعدليه في غايه الضعف، كاحتمال عدم اليمين مع القرعه الذي هو كالاجتهاد في مقابله النص و إن ترك في بعض نصوصها كخبرى سماعه(۳)و عبد الله بن سنان(۴)المحمولين على قضيه في واقعه قد اشتملت على دعاء الامام (عليه السلام)- الذي لا يرد-

بخروج اسم من له الحق، لا- أنه أقرع على من تصير اليمين منهما كما في خبر البصرى(۵)و هذه دقيقه أخرى فيه لطيفه تظهر بملاحظه كيفيه ما وقع من الإقراع فيه و فيهما، فلاحظ و تأمل.

و أما التنصيف بينهما على تقدير النكول فلإطلاق قوله (عليه السلام) في

خبر إسحاق(۶): «و إذا لم تكن في يده جعلتها بينهما نصفين»

و هذا أقصى ما يمكن أن يقال في النصوص، و لا ينافيه مخالفه ما في بعض نصوص أخر بعد الإجماع بقسميه على اطراحه على وجه لا يقدح فيه ندره المخالف.

و منه يعلم ضعف ما قال ه في المبسوط من أنه مع التساوى يقضى بينهما بالقرعه إن شهدتا أى البينتان بالملك المطلق، و يقسم بينهما بالسويه إن شهدتا بالملك المقيد و إن اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الأخرى و إن قيل في توجيهه: إنه جمع بين ما دل على القرعه و خبرى تميم بن طرفه(۷)و غياث(۸)المتقدمين سابقا بالتفصيل المزبور.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۴.

۸- ۸ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۳.

لکن فیه أن المفروض فی خبری سماعه(۱)و ابن سنان(۲)من أخبار القرعه المقیدتین(۳)کما أن فیها المطلق أیضا، و فی أخبار التنصیف المقیدتین کخبر غیاث(۴)و المطلقتین کخبر تمیم بن طرفه(۵)فلیس فی ما ذکره جمع بین النصوص، بل فی خبر إسحاق(۶)ما هو خارج عن الجمیع، و هو تحلیفهما معا، فأیهما حلف و نکل الآخر کانت للحالف، فان حلفا جمیعا کانت بینهما نصفین.

و لم أعرف من عمل به عدا ما تسمعه من ظاهر أبی علی و لذا حمله الشیخ علی أنهما اصطلحا علی ذلک، و عن الاستبصار «و یمکن أن یکون ذلک نائبا عن القرعه بأن لا یختارا القرعه و اختار کل واحد الیمین و رأی ذلک الامام صوابا کان مخیرا بین العمل علیه و العمل علی القرعه».

نعم فی کشف اللثام عن ظاهر أبی علی العمل به، قال: «و لو کانت العین فی أیدیهما جمیعا أو لم تکن فی ید واحد و تساوی عدد البینتین عرضت الیمین علی المدعیین، فأیهما حلف استحقها إن أبی الآخر، و إن حلفا جمیعا کانت بینهما نصفین، قال: و لو اختلفت أعداد البینتین فتشاحا علی الیمین أقرع بینهما بسهام علی أعداد الشهود لکل واحد منهما، فأیهما خرج سهمه کانت الیمین علیه، فإذا حلف دفعت العین التی قد ادعیت إلیه».

و کأنه استند فی الأخیر إلی

خبر السکونی(۷)عن الصادق عن أبیه عن آبائه (علیهم السلام) «أن علیا (علیه السلام) قضی فی رجلین ادعیا بغله فأقام أحدهما شاهدین و الآخر خمسه، فقال: لصاحب الخمسه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۵.

۳- ۳ هکذا فی النسخه الأصلیه، و العباره غیر نقیه، فإن« المقیدتین» خبر« أن» و هی فی محل الرفع، و الصحیح هکذا« إقامه المقیدتین».

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۴.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۰.

خمسه أسهم، و لصاحب الشاهدین سهمان»

حاملا للسهام فیه علی سهام القرعه، و فائده تکثیر السهام نظیر ما مر ذکره فی القسمه، و هو تکثیر رقاع الأکثر شهودا لیکون أقرب إلی الخروج.

لکن لا یخفی علیک أنه مناف لما دل علی الترجیح بالکثره، کما لا یخفی علیک قصوره عن المقاومه له من وجوه، و لذا حکی عن الشیخ حمله علی الاصطلاح. و فی کشف اللثام «و أولی منه استناد قضائه إلی أمر آخر» کقصور مقاومه ما دل علی التنصیف مطلقا عن أخبار القرعه المعتضده بما سمعت، فالجمع حینئذ بإراده التنصیف بعد القرعه علی الوجه الذی عرفت أو بغیر ذلک أولی.

و لذا قال المصنف: إن الأول أنسب بالمنقول بل لعل التأمل الجید یقتضی عدم ظهور شی ء من النصوص فی کون التقیید مرجحا علی وجه یقتضی اختصاص

من کانت بینته کذلک بالمال، و خبر غیاث(۱)و غیره مما ذکر فیه المقیدتان ظاهر فی ترجیح الید.

و منه یعلم حینئذ النظر فی ترجیح بینه الداخل به علی بینه الخارج إذا کانت مطلقه و إلا لاقتضی ذلک التوقف مع فرض تقییدهما معا و الرجوع إلی القرعه لا ترجیح بینه الخارج أو الداخل، فالتحقیق حینئذ الرجوع إلی النص فی ذلک لا التقیید و الإطلاق الذی لم نجد للترجیح به أثرا فی نصوصنا، و إنما هو شی ء ذکره العامه، نعم فی بعض النصوص الترجیح بالأسباب کما سمعته فی خبر النتاج و الشراء المروی عن أمیر المؤمنین (علیه السلام)(۲)المقدم لبینه الأول علی الثانی بناء علی أن الوجه فیه ذلک، و هو مع عدم القائل به خروج عما نحن فیه.

و لو أقر الثالث بالعین لأحدهما فالوجه- کما فی القواعد- أنه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۱۵.

کالید، تقدم علی قیام البینتین أو تأخر، لقیام المعنی القائم فی الید فیه، و یحتمل العدم بعد إقامه البینتین، لکشفهما عن أن ید المقر مستحقه للإزاله، فإقراره کإقرار الأجنبی، بل قد یشکل- إن لم یکن إجماع- اندراج ذلک قبل إقامه البینتین فضلا عما بعده فی ما دل علی حکم ذی الید بالنسبه إلی الدخول و الخروج، و لعله لذا أطلق بعضهم الحکم من غیر فرق بین إقرار الثالث و عدمه، فتأمل جیدا.

و لو لم یکن العین فی ید أحد- و هی الصوره الرابعه- فالظاهر أن حکمها لهم ما کانت فی ید ثالث، لإطلاق الدلیل، و لا ینافی ذلک إطلاق خبر تمیم بن طرفه(۱)بعد تنزیله علی غیره، و الله العالم.

و کیف کان فلا خلاف بل و لا إشکال فی أنه یتحقق التعارض بین الشاهدین و الشاهد و المرأتین مثلا، لصدق اسم البینه علی کل منهما، فتشمله الأدله السابقه و إن کان قد ینساق إلی الذهن فی بادئ النظر قوه الأولی علی الثانیه أو بالعکس للأکثریه، لکن لا عبره به لأنه کالاستحسان.

و لا یتحقق بین الشاهدین و شاهد و یمین لا لما ذکر من بعض الأمور الاعتباریه، بل لعدم صدق اسم البینه، فلا یندرج حینئذ فی النصوص السابقه.

و ربما قال الشیخ فی فصل الرجوع عن الشهاده من المبسوط:

نادرا یتعارضان و یقرع بینهما کالبینتین ناسبا له إلی مذهبنا، لکن لم نتحققه و إن حکاه الشهید عنه صریحا، إلا أن المحکی عن الفخر نسبه التردد إلیه، لاقتصاره علی نقل قولی العامه فی ذلک و علی تقدیره فلا ریب فی ضعفه.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۴.

بل لا تعارض بین شاهد و امرأتین و شاهد و یمین لما عرفت فضلا عن الشاهدین، فلا یلتفت إلیه، علی أن الأکثریه متحققه بل یقضی بالشاهدین و الشاهد و المرأتین دون الشاهد و الیمین.

و کذا لا خلاف و لا إشکال فی أن کل موضع قضینا فیه بالقسمه فإنما هو فی موضع یمکن فرضها بإمکان الاشتراک فیه و إن لم یقسم فعلا کالعبد و الأمه دون ما یمتنع لامتناع الشرکه فیه کما إذا تداعی رجلان زوجه فیحکم حینئذ بالقرعه فیه قطعا کما نص علیه فی

مرسل داود بن أبی زید العطار(۱)عن الصادق (علیه السلام) «فی رجل کانت له امرأه فجاء رجل بشهود فشهدوا أن هذه المرأه امرأه فلان و جاء آخرون فشهدوا أنها امرأه فلان فاعتدل الشهود و عدلوا، قال: یقرع بین الشهود، فمن خرج اسمه فهو المحق، و هو أولی بها».

بل فی المسالک «لا یمین علیه، لأن فائدته القضاء للآخر مع نکوله و هو منفی هنا» و فیه أنه لا مانع منه، و إنما المنفی التنصیف بینهما علی تقدیر النکول منهما، بل یتجه فیه انتفاؤها عنهما. نعم لا تعرض فی الخبر للیمین، و لا ینافی إطلاق ثبوتها فی غیره، خصوصا بعد ما عرفت أن القرعه لا ثبات الرجحان الذی یتبعه الیمین علی حسب الترجیح بالأعدلیه و الأکثریه، بل قد یقال إن ظاهر المصنف و غیره ذلک أیضا لاقتصارهم فی مخالفه السابقه علی عدم التنصیف هنا، لعدم تعقله.

و مما ذکرنا یظهر لک النظر فی کلام الفاضل حیث قال: «فصل فی أسباب الترجیح لحجه علی أخری، و هی ثلاثه: الأول قوه الحجه کالشاهدین و الشاهد و المرأتین علی الشاهد و الیمین، و لو اقترنت الید بالحجه الضعیفه احتمل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۸ و هو مرسل داود بن أبی یزید العطار.

تقـديمها و التعـادل» إذ قـد عرفت عـدم انـدراجها فى النصوص، فلا تعارض أصـلا، بل يكون اليـد- كما إذا لم يكن شاهـد- لا تعارض بينه الخارج، كما هو واضـح، نعم لو قلنا: إن مـدرك تقـديم الشاهـدين على الشاهـد و اليمين قوه الأول و ضـعف الثانى توجه حينئذ احتمال قوته لو اقترن بمرجح آخر و لو ضـعيف، فان الضعيفين يغلبان القوى، إلا أنه كما ترى يناسب مذاق العامه، و لذا كثر نحو ذلك فى كلامهم، أما على أصولنا التى لا قياس فيها و لا استحسان و لا مثل هذه الاعتبارات فلا يتوجه ذلك، إذ قد عرفت أن الموجود فى نصوصنا تعارض البينات لا كل مثبت للحق من الشاهد و اليمين و اليمين المردوده و نحوهما، فتأمل جيدا.

ثم قـال: «الثـانى اليـد، فيقـدم الـداخل على الخارج على رأى، و الأقوى العكس إلا أن يقيمها بعـد بينه الخارج على إشـكال، فلو ادعى عينا فى يـد غيره فأقام البينه فأخـذها منه ثم أقام الذى كانت فى يده أنها له نقض الحكم و أعيدت إليه على إشـكال» و فيه أيضا ما لا يخفى، ضـروره اقتضاء ذلك التسلسل المنافى لحكمه القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و الفرض أنها دعوى واحده، فالمتجه عدم سماعها مطلقا.

ثم قـال أيضـا: «و لو أراد ذو اليـد إقـامه البينه قبـل ادعـاء من ينـازعه فالأـقرب الجواز، و لو أقـام بعـد الـدعوى أى ممن لا بينه له لإسـقاط اليمين جـاز» و فيه أن مبنى تقـديم بينه الخارج على أنه لا بينه للـداخل فلا يسـجل لها حينئـذ، و لا تسـقط يمينا كما هو واضح، على أن فائده هذا التسـجيل إن كان لقطع ما يأتى من الدعاوى، فهو واضح البطلان، و إن كان لإراده الحكم له فيما يأتى لو توجهت عليه دعوى بناء على تقديم بينه الداخل ففيه أن المدار على التعارض حال الدعوى.

على أنه ليس فى كلامه إشعار ببناء المسأله على تقديم بينه الداخل،

نعم صرح فی التحریر و قال: «لا أعرف لأصحابنا نصا فی ذلک، و منع أکثر الجمهور منه، إذ لا بینه إلا علی خصم، فطریقه أن ینصب لنفسه خصما- ثم قال-: و الأقرب عندی سماع البینه لفائده التسجیل».

ثم قال أیضا: «و لو أقام بعد إزاله یده ببینه الخارج و ادعی ملکا سابقا ففی التقدیم بسبب یده التی سبق القضاء بإزالتها إشکال» و فی کشف اللثام تبعا للتحریر «من سبق یده، و أنه الداخل و البینه تشهد له بالملک المستند إلی ذلک الزمان، و من کون تلک الید قد اتصل القضاء بزوالها، أما لو أقام البینه بعد القضاء للخارج قبل إزاله الید فهی بینه الداخل» و فیه ما لا یخفی من أنه لیس من الداخل علی التقدیرین، بل قد عرفت عدم سماع دعواه لانقطاعها بالقضاء للخارج.

ثم قال أیضا: «و إذا قدمنا بینه الداخل فالأقرب أنه یحتاج إلی الیمین» و کأنه مناف لما ذکره سابقا من إسقاطها الیمین، اللهم إلا أن یفرق بین معارضه البینه و بین معارضه مجرد الدعوی، فتسقط علی الأول، فیبقی استحقاق الیمین بحاله بخلاف الثانی، و لعل ذلک یکون فائده التسجیل الأول، إلا أنه لا یخفی علیک ما فیه أیضا فتأمل.

و إذا قامت البینه علی الداخل أو أقر فادعی الشراء من المدعی أو ثبت الدین علیه ببینته أو إقرار فادعی الإبراء فإن کانت البینه بدعواه حاضره سمعت قبل إزاله الید و توفیه الدین، و إن کانت غائبه طولب فی الوقت بالتسلیم، لثبوت الاستحقاق شرعا من غیر ظهور معارض، و لیس له المطالبه بکفیل، للأصل.

ثم إذا أقام البینه استرد، و ربما احتمل العدم و التأجیل ثلاثه أیام کما هو حکم مدعی جرح الشهود، و لکنه واضح الضعف، نعم لو طلب

الإحلاف على أنه لم يبعه منه أو لم يبرأه قدم على الاستيفاء، لكونه كحضور البينه.

هذا و فى القواعد «و لو اعترف لغيره بملك لم تسمع بعده دعواه لأخذه بإقراره حتى يدعى تلقى الملك من المقر له إما بواسطه أو غيرها، و لو لم يعترف و لكن أخذ منه لغيره بحجه ففى احتياجه بعده فى الدعوى إلى ذكر التلقى منه إشكال».

و فى كشف اللثام «لما تقدم من الإشكال فى ما يقدم من دعوى الداخل و إقامه البينه بعد إزاله يده فيحتاج إليه على عدم السماع، بل هو عين ما تقدم، و فى التحرير احتمل أن لا- تسمع حتى يذكر فى الدعوى تلقى الملك منه، لأن البينه فى حقه كالإقرار و السماع، لأن المقر مؤاخذ بإقراره فى الاستقبال، و إلا لم يكن للأقارير فائده، أما حكم البينه فلا يلزم على كل حال، و إن كانت الحجه هى اليمين المردوده بنيت المسأله على كونها كالإقرار أو البينه».

قلت: قد يقال: يكفى فى صحه دعواه مع الإقرار فضلا عن غيره احتمال تلقيه و إن لم يذكره، حملا لدعوى المسلم على الوجه الصحيح شرعا، فتشملها العمومات، و على كل حال فالأجنبى إذا لم يعترف بالعين لمن فى يده لا يحتاج فى دعواه إلى ذكر التلقى قطعا، و إن كان ذو اليد أقام بينه لإسقاط اليمين أو التسجيل، فإن البينه ليست حجه عليه، لأنه مدع، و كذا الأجنبى عن المتداعيين أولا- أحدهما ذو اليد و إن أقام الآخر البينه، فإن بينته حجه على ذى اليد لا عليه، فله دعوى الملك مطلقا، كما هو واضح.

و لو ادعى عليه قرضا أو ثمنا فجحد الاستحقاق كان له أن يدعى الإيفاء و يقيم البينه عليه، لعدم المنافاه، أما لو جحدهما بمعنى أنى

لم استقرض و لم اشتر لم تسمع دعواه الإيفاء حينئذ، و لا تقبل بينته به، لأنه مكذب حينئذ لها.

و كيف كان فالثابت من المرجحات المذكوره فی بعض کتب العامه و الخاصه اشتمال إحدى البينتين على زياده كزياده التأريخ و حينئذ ف الشهاده بقدم الملك أولى من الشهاده بالحادث فی العين الخارجه عن أيديهما مثل أن تشهد إحداهما بالملك فی الحال و الأخرى بقديمه، أو إحداهما بالقديم و الأخرى بالأقدم، فالترجيح لجانب الأقدم كما عن الشيخ و ابنى إدريس و حمزه، بل فی المسالك نسبته إلى المشهور، و عللوه بأن الزائده تثبت الملك فی وقت لا تعارضها الأخرى، و إنما يتساقطان فی محل التعارض دون السابق الذى لا معارض له فيها، و الأصل فی الثابت دوامه، و لهذا له المطالبه بالنماء فی ذلك الزمان ممن تصرف فيه، لأنه ملك لا معارض له فيه، فيجب استدامته و إن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته، و لم أجد فی شی ء من النصوص إشاره إليه إلا ما فی

صحيح ابن سنان(۱)عن الصادق (عليه السلام) عن على (عليه السلام) «أنه كان إذا اختصم الخصمان فی جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها و زعم الآخر أنه أنتجها و كانا إذا أقاما البينه جميعا قضى بها للذى أنتجت عنده».

و لكن مع ذلك كله قد احتمل غير واحد التساوى، لأن المتأخره لو شهدت أنه اشتراه من الأول قدمت على الأخرى قطعا، لأنها لما صرحت بالشراء علم أنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى، فإنها و إن شهدت بأنها ملكه من ابتداء سنتين مثلا إلى الآن لكن غايته أنه علم أنه ملكه و لم يعلم بمزيله فی المده.

و احتمال ترجيح القديمه حتى مع ذكر المتأخره السبب- كما فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱۵.

التحرير- لعدم المعارض لها فى السابق أيضا واضح الضعف، ضروره أنه بذكرها السبب كما تعارض الأخرى فى المده المشتركه تعارضـها فيمـا قبلهـا و تسـقطها، و حينئـذ فلا إشـكال فى تقـديمها عليها مع ذكرها السـبب، فأما إذا أطلقت أى المتأخره كما هو المفروض فلاـ أقـل من التسـاوى إن لم نقـل بالرجحان أيضا، لأنها تـدعى أيضا الاطلاع على ما لم تطلع عليه الأخرى، فإنه ما لم يظهر لها ما يرجـح الملك أو يعينه منذ سـنه فكيف تشـهد به، و غايه الأخرى أنها لم يظهر لها ذلك و الإثبات مقدم، إلا أن هذه البينه لما لم تتعرض لسـبب الملك أمكن استناد شهادتها إلى اليد، و هى تحتمل الملك و غيره، و يمكـن أن تكون الأخرى أيضا تعلم باليد و أنها لغير الملك، و لذا حكمنا بالتساوى.

و ما قالوه من ثبوت الملك فى الماضـى و هو هنا السـنه الأولى ببينه الأقـدم من غير معارضه البينه الأخرى فمـدفوع بأنه إنما ثبت تبعـا لثبوته فى الحـال، فـان النزاع فى الملـك فيه، و لهـذا لو انفرد أحـد المتـداعيين بادعـاء الملك فى الماضـى خاصه مع ادعاء خصـمه الملك فى الحال لم تسـمع دعواه و لا بينته، لعدم تعارض الدعويين، فالمقصود فى الإثبات إنما هو الملك فى الحال، و إذا لم يثبت لتعارض البينتين فيه فلا عبره بثبوته فى الماضى.

و فيه أنه إن كـان مفروض المسـأله قيـام البينتين التى شـهد كـل منهمـا بـالملكيه الحاليه لكل منهما بغير الاستصـحاب و نحوه بل بالاطلاع على عدم الانتقال فلا ريب فى تعارضهما فى المده المشتركه، و بقاء الاستصحاب المستفاد من ثبوت

الملك فى الزمن السابق بحاله، إذ لا قاطع له إلا البينه الساقطه بالأخرى، فيبقى ملك لم يعلم زواله.

و من ذلك يظهر لک ما فى قوله: «إن الدعوى بالماضـى غير مسموعه» ضروره سماعها لإثبات الملک فى الحال فى مثل المقام، بل و فى

غيره إذا كان المراد إثباتها للمطالبه بالنماء فى ذلك الوقت.

نعم لو كانت شهاده القديم بالاستصحاب فالمتجه تقديم الثانيه عليها لا التساوى، ضروره ثبوت الانقطاع ببينه لم يعلم معارضها، إذ الفرض كون مستند البينه الأخرى الاستصحاب الذى لا يعارض بينته، فإن ملكيه زيد فعلا تقطع ملكيه عمرو المستصحبه. و دعوى احتمال كون مستند الثانيه سببا لا يقتضى الملكيه واقعا يدفعها التعبد بمفادها و إن لم نعلم سببه نعم لو فرض إطلاق الأولى على وجه لم يعلم مستندها اتجه حينئذ ما عرفته أولا من العمل بالاستصحاب بعد التعارض و التساقط فتأمل.

و لو أطلقت إحداها و أرخت الأخرى قيل: تساوتا، لاحتمال الإطلاق هذا التأريخ و غيره زائدا أو ناقصا، فلا زياده فى إحداهما على الأخرى إلا بالتعرض للتأريخ، و هو مما لا يؤكد الملك ليتسبب الترجيح.

و فيه أيضا أن المتجه تقديم المطلقه مع العلم باستناد المؤرخه إلى الاستصحاب الذى قد عرفت عدم معارضته للبينه التى تقتضى انقطاعه، أما إذا لم يعلم فالمتجه العمل بالاستصحاب أيضا اقتصارا فى تساقطهما على ما علم تعارضهما فيه، و هو الملك فى الحال فيبقى غيره مستصحبا.

و لو شهدت إحداهما بسبب الملك كشراء أو إنتاج أو غيرهما ففى القواعد و غيرها قدمت على المطلقه المحتمله الاستناد إلى اليد، و هى أعم، أو الاستفاضه و قد تكذب، و قد مر فى خبر أبى بصير(۱)ما يؤيده فى الجمله.

و فيه أيضا أنه لا إشعار فى خبر أبى بصير بذلك كما سمعته سابقا، و لا دليل على الترجيح بمثله، و إنما ذكره العامه لاندراجه فى عنوان المرجح، و هو الاشتمال على الزياده، و المسلم منه زياده التأريخ و نحوه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۱.

مما يمكن أن تقوم به الأدله لا مطلقا كما هو واضح.

هذا كله مع كون المشهود عليه ليس فى يد أحدهما، أما إذا كان فان كانت بينه الداخل الأسبق تأريخا ففى المسالك هو المقدم لا- محاله، بل عن الخلاف نفى الخلاف فيه، لاجتماع مرجحين فيه، و لعموم دليله، و لكن فى القواعد تعارض رجحان القدم و كون الآخر خارجا، فيحتمل التساوى و تقديم الخارج لعموم دليله.

بل فى كشف اللثام هو الأقوى قال: «و يضعف الأول بأن دليله إن تم نزلت بينه الخارج منزله العدم، و لا عبره ببينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه، و بأنه على القول بترجيح بينه الخارج لا عبره ببينه الداخل أصلا، لأنها ليست من شأنه، و إذا لم تعتبر لم يكن لترجيحها بالقدمه و غيرها معنى».

قلت: الظاهر بناء الأول على القول بأن للداخل بينه مسموعه، و حينئذ يتوجه ترجيحها بالأمرين، و تنزيل بينه الخارج منزله العدم إنما هو لمعارضه بينه الداخل، فلا وجه للقول بأنه لا عبره ببينه الداخل إذا لم يكن للخارج بينه، بل عن الخلاف الجزم بتقديم بينته هنا فى صوره العكس أيضا مدعيا عليه الإجماع و الأخبار، و لعله لأن البينه بقدم الملك لم تسقط بها اليد، كرجل ادعى دارا فى يد رجل و أقام بينه بأنها كانت له أمس لم تزل بها فكذلك هنا، و لعله لذا حكى عن أبى حنيفه مع تقديمه بينه الخارج أنه قدم الداخل هنا، لأن بينته أفادت ما لم تفده اليد.

و فى كشف اللثام «و يقوى تقديم الخارج كما فى المبسوط، لأن بينته فى الزمان المختص بها غير معارضه، و إذا انفرد الخارج بالبينه فلا إشكال فى تقديم قوله».

و فى المسالك «و إن كانت بينه الآخر أى الخارج أسبق تأريخا فان لم يجعل سبق التأريخ مرجحا فكذلك يقدم الداخل، و إن جعلناه مرجحا ففى ترجيح أيهما و عدمه أوجه: أحدها ترجيح اليد، لأن البينتين متساويتان فى إثبات الملك فى الحال، فيتساقطان فيه، و يبقى من أحد الطرفين اليد، و من الآخر إثبات الملك السابق، و اليد أقوى من الشهاده على الملك السابق، و لهذا لا يزال بها، و الثانى ترجيح السبق، لأن مع أحدهما ترجيحا من جهه البينه، و مع الأخرى ترجيحا من جهه اليد، و البينه تتقدم على اليد، فكذلك الترجيح من جهتها يتقدم على الترجيح من جهه اليد، و الثالث أنهما متساويان، لتعارض المعنيين».

قلت: لا يخفى عليك التحقيق فى المسأله، و هو بناء على أن للداخل بينه فلا ريب فى تقديم قوله سواء كانت بينته الأسبق تأريخا أو بينه الخارج لبقاء مقتضى اليد الصالح لقطع الاستصحاب، و إن قلنا لا بينه له فلا ريب فى تقديم بينه الخارج التى لا تصلح اليد لمعارضتها، و الفرض عدم البينه له، سواء اشتملت على تأريخ سابق أو لا.

هذا و قد يظهر من إطلاق المصنف عدم اشتراط إضافه البينه بالملك القديم التعرض للملك فى الحال، و فى المسالك و هو أحد الوجهين فى المسأله، لأن الملك إذا ثبت سابقا فالأصل فيه الدوام و الاستمرار، فلا يفتقر إلى التصريح باستمراره، و الثانى و هو المشهور أن الشهاده بالملك القديم لا تسمع حتى تقول هو ملكه فى الحال أو لا أعلم له مزيلا، حتى لو قال:

لا أدرى زال أم لا لا تقبل، لتضمنها ترددا و ريبه تنافى الشهاده.

بل فى القواعد «لو قال: اعتقد أنه ملكه الآن بالاستصحاب ففى قبوله إشكال» و فى كشف اللثام «من أنه تصريح بمستند الشهاده بالملك فى الحال، إذ لا طريق إلى العلم، فكما تسمع مع الإهمال تسمع مع التصريح،

و هو خيره التحرير، و من أنه ربما انضم إلى الاستصحاب أمور أخر تقوى بقاء الملك حتى يكاد يحصل العلم به، و هو الأقوى».

و فى المسالك «الحق أن إطلاق الشهاده بالملك القديم لا تسمع، لعدم التنافى بين كونه ملكا له بالأمس مع تجدد انتقاله عنه اليوم و إن كان الشاهد يعلم بذلك، بل لا بد من إضافه ما يفيد عدم علمه بتجدد الانتقال، و ذلك يتحقق بهذه الصيغ و إن كان الاقتصار على ما لا يشتمل على التردد أولى».

قلت: لا مدرك للمسأله بحسب الظاهر إلا صدق اسم الشهاده عرفا، فلا حكم للمشكوك فيها فيه فضلا عن غيرها، و لا ريب فى عدم صدق الشهاده بالملك فى الحال بمجرد الشهاده على قدم الملك، بل قد يشك فى صدقها مع التصريح بالاستصحاب، بل و مع قوله: «لا- أعلم له مزيلا» فضلا عن قول: «لا- أدرى زال أم لا» و جواز الشهاده بالاستصحاب لا- يقضى تحقق اسمها مع التصريح به أو بما يساويه، و إنما المعلوم كونها شهاده عرفا قوله: «هو ملكه فى الحال» و لعله لذا اقتصر عليه بضعهم كما عن آخر التصريح بإراده تحقيق الملك الحال من قوله: «لا- أعلم له مزيلا» نحو القول إن هذا الأمر قطعى لا أعلم فيه مخالفا ففى الحقيقه هو شهاده على عدوان اليد المعارضه.

و منه حينئذ يعلم عدم انتزاع المال ممن فى يده ببينه أنه لغيره سابقا، و لا- أعلم له مزيلا- على إراده عدم العلم حقيقه لا العلم بالعدم إلا بناء على انتزاعها منه بالاستصحاب، و ستسمع الكلام فيه عند تعرض المصنف له فى المسأله الخامسه.

و ما عساه يظهر من بعض الناس- من الإجماع على كون الشهاده المزبوره كالشاهده على الملك فى الحال فى الانتزاع بها، بل مرجع الأخيره إلى الأولى عند التحليل، ضروره عدم الإحاطه بأسباب الانتقال التى منها

ما يقع بين المالک و بين نفسه من دون اطلاع أحد، و حينئذ فما دل على الأخذ بشهاده العدلين من

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه على المدعى»

شامل للصورتين، بل محل البحث منهما هى الغالبه، لندره البينه المطلعه على العدم- لم أتحققه، فإن تم كان هو الحجه و إلا فالمسأله، محل نظر، و الظاهر عدم تماميته حيث يراد قيامها على مال فى يد مسلم، نعم ربما يقال بتماميته حيث لا تكون يد، كما فى خبر حمران(۲)المشتمل على دعوى ملكيه جاريه بنت سبع سنين، فلاحظ.

بل قد يقال بعدم جواز الشهاده بالاستصحاب المعارض باليد التى لم يعلم فسادها و إن جوزناها به مع عدم المعارضه، كما تجوز باليد و غيرها من الأمارات الشرعيه، فتأمل جيدا.

هذا و فى كشف اللثام «و للشيخ فى كل من الخلاف و المبسوط قولان إذا لم يقيده بإحدى العبارتين أى الملک فى الحال أو لا أعلم له مزيلا، و كان وجه عدم

اعتبار التقييد أنه إذا ثبت الملک استصحب إلى أن يظهر المزيل، و استوجهه فى محكى التحرير، و هو كذلک إذا لم تعارضه يد أو غيرها مما تقتضى انقطاعه».

و لكن لا يخفى عليک خروج ذلک عما نحن فيه الذى هو الشهاده بالملک الحالى لا استصحاب المشهود به الذى هو الملک السابق و أحدهما غير الآخر، ضروره أن الأخير عمل باستصحاب المشهود به لا بالشهاده عليه و فرق واضح بينهما. هذا كله فى الشهاده بالملک السابق.

أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ففى القواعد «ثبت الإقرار، و استصحب موجبه و إن لم يتعرض الشاهد للملک الحالى» و فى كشف اللثام «كما إذا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۹.

سمعنـا نحن منه الإقرار حكمنـا بالملک للمقر له إلی ظهور المزیل، و الفرق بین ثبوت الملک بالإقرار و ثبوته بالبینه ظاهر» و فیه نظر یأتی الکلام فیه عند تعرض المصنف.

و کیف کان فقد ظهر لک الحال فی الترجیح بزیاده التأریخ و کذا بزیاده غیره.

أما الشهاده بالملک فلا ریب أنها أولی من الشهاده بالید لأنها محتمله للملک و غیره و إن کانت ظاهره فیه لکن مع عدم معارضه الصریح فیه، إذ من المعلوم عقلا و نقلا عدم معارضه الظاهر للنص، و لذا لم تعارض الید الفعلیه الحسیه البینه علی الملک فعلا، کما هو المعلوم من

قوله (صلی الله علیه و آله)(۱): «البینه علی المدعی»

و غیره، فضلا عن الید الثابته بالبینه.

و کذا الشهاده بسبب الملک من شراء و نحوه أولی من الشهاده بالتصرف الذی یکون عن ملک و عن وکاله و عن غیرها و إن کان هو ظاهرا فی الأول، لکن مع عدم معارضه الصریح فیه، نحو ما سمعته فی الید الذی ما نحن فیه قسم منها فی الحقیقه، و من هنا تقدم البینه المزبوره علی التصرف المحسوس فعلا فضلا عن الثابت بالبینه، بل الظاهر کون الحکم کذلک و إن لم تشتمل بینه الملک علی السبب، إذ العله جاریه فیهما، کما هو واضح.

و بذلک ظهر لک أن مقصود المصنف و غیره عدم التعارض بین بینه الملک أو الید و التصرف حیث یتعلقان بمورد واحد، کما لا تعارض بینه القدیم للأقدم و الحادث للقدیم.

هذا و لکن فی المسالک بعد ما ذکر نحو ما ذکرنا «و لا فرق علی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

هـذا التقـدير بين تقديم تأريخ شـهاده اليد- بأن شـهدت أن يده على العين منذ سـنه، و شـهدت بينه الملك بتأريخ متأخر أو بأنه يملكه فى الحـال- و تأخره، لاشتراك الجميع فى المقتضـى، و هو احتمال اليـد بخلاف الملك، و فى هـذه المسأله قول بتقـديم اليد على الملك القديم، و سيأتى الكلام فيه».

و هو كما ترى، ضروره أجنبيه ذلك عما نحن فيه، و هو ما عرفت من إراده بيان عدم تعارضهما بعد فرض تعلقهما بمورد واحد، لا أن المراد عدم معارضه اليد الفعليه للملكيه السابقه المختلف متعلق كل منهما، نعم فى معارضه اليد لاستصحاب الملك السابق بحث تسمع الكلام فيه إنشاء الله فى المسأله الخامسه، و هو غير ذلك.

[المسأله الثالثه إذا ادعى شيئا فقال المدعى عليه هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه]

المسأله الثالثه:

إذا ادعى شيئا فى يد آخر فقال المدعى عليه: هو لفلان اندفعت عنه المخاصمه فعلا حاضرا كان المقر له أو غائبا و سواء قال: هو وديعه عندى أو عاريه أو لم يقل، لعدم يمين له عليه، إذ لا يحلف على مال لغيره.

و لكن إن قال المدعى: أحلفوه أنه لا يعلم أنها لى توجهت اليمين عليه كما فى القواعد و غيرها، بل هو أحد قولى الشيخ على ما قيـل لأن فائـدتها الغرم لو امتنع عنها و أحلف المـدعى، لحيلولته حينئـذ بين المالك و ماله بإقراره لا القضاء بالعين لو نكل أو رد لصيرورتها مال الغير بالإقرار السابق الذى لا يبطله الإقرار اللاحق فضلا عما كان بحكمه.

و قال الشيخ: لا يحلف و ذلك لأنه لا يغرم لو نكل

بل أو أقر للمدعى، لعدم صدق الإتلاف بذلک شرعا.

و الأقرب عند المصنف و غيره أنه يغرم، لأنه حال بين المالک و بين ماله بإقراره لغيره فهو كالمتلف نحو ما تسمعه فى ضمان شاهد الزور.

هذا و لكن فى المسالک بعد أن فرع توجه الدعوى على القول بالغرم بإقراره اللاحق قال: «و إن قلنا لا- و هو أحد قولى الشيخ- فان قلنا النكول و رد اليمين كالإقرار لم يحلفه، لأنه و إن أقر أو نكل و حلف المدعى لا- يستفيد شيئا، و إن قلنا كالبينه فله التحليف، لأنه قد ينكل فيحلف المدعى، فإذا حلف و كانت العين تالفه أخذ القيمه».

و فيه- بعد الإغماض عما فى تقييده بتلف العين- أن غايه ذلک كون اليمين المردوده كالبينه على إقراره مع علمه بكونه للمدعى، و الفرض عدم اقتضاء ذلک الغرم لو أقر به هو، و ليس هو بينه على كون المال له، ضروره كون الدعوى علمه بالمال (بالحال خ ل) فهى تكون كالبينه على ذلک، و لا تزيد على الإقرار المفروض عدم الغرم به كما هو واضح، و لذا حكى عن الشيخ إطلاق عدم توجه اليمين على التقدير المزبور، فتأمل.

و لو أنكر المقر له حفظها الحاكم بعد أن ينتزعها منه، لأنها خرجت عن ملک ه أى المقر و لم تدخل فى ملک المقر له و حينئذ ف لو أقام المدعى بينه و لو شاهدا و يمينا على أنها له قضى بها له أما إذا لم تكن له بينه فلا يقضى بها له.

و احتمل فى القواعد دفعها إليه بلا بينه و لا يمين، لعدم المنازع له فيه، و هو بعيد، لكونها فى يد.

و أبعد منه ما عن بعض العامه من أنه يقال للمقر إنک نفيت أن تكون لک و قد رده المقر له، فان لم تقر به لمعروف تنصرف الخصومه

إليه أو تدعيه لنفسك و إلا جعلناك ناكلا، و حلف المدعى و استحق، إذ لا يخفى عليك ما فيه.

و عن التحرير احتمال تركها فى يد المقر إلى قيام حجه، لأنه أقر للثالث، و بطل إقراره، فكأنه لم يقر، و فيه أن بطلانه بالنسبه إلى تملك المقر له لا بالنسبه إلى نفيها عنه، كما هو واضح.

و إن رجع المقر له عن إنكاره و صدق المقر فى كونه له فعن التذكره أن له الأخذ عملا بإقرار المقر السالم عن إنكاره، لزوال حكمه بالتصديق الطارى فتعارضا و بقى الإقرار سالما عن المعارض، و تردد فيه فى محكى التحرير، و فيه منع زوال حكمه بذلك بالنسبه إلى نفيه عنه، و من هنا لو رجع ذو اليد فقال: غلطت بل هو لى لم يقبل منه، كما عن الكتابين المزبورين الاعتراف به بناء على انتزاع الحاكم، لخروجه عن يده و أخذه بإقراره الأول، و الله العالم.

ثم الحكم فى المقر له الغائب كالحكم فى الحاضر بالنسبه إلى تصديقه و تكذيبه، و للمدعى إقامه البينه و أخذه قبل معرفه حاله، و لكن هو من الحكم على الغائب، فينبغى مراعاه شروطه السابقه كما له أيضا إحلافه على عدم العلم، نحو ما سمعته فى الحاضر.

نعم فى القواعد «إذا نكل و حلف المدعى فهل ينتزع العين أو يغرم له؟ الأقرب الثانى، و على الأول إن رجع الغائب كان هو صاحب اليد، فيستأنف الخصومه معه، و لو كان للمدعى بينه فهو قضاء على الغائب يحتاج إلى يمين، و لو كان لصاحب اليد بينه على أنه للغائب سمعت إن أثبت وكاله نفسه، و قدمت على بينه المدعى إن قلنا بتقديم بينه ذى اليد، و إن لم يدع وكاله فالأقرب السماع و إن لم يكن مالكا و لا وكيلا، لدفع اليمين عنه، و لو ادعى رهنا أو إجاره سمعت، فان سمعنا لصرف

الیمین قدمت بینه المدعی فی الحال، و إن سمعنا لعلقه الإجاره و الرهن ففی تقدیم بینته أو بینه المدعی إشکال».

و هو جید إلا دعوی دفع الیمین عنه بالبینه المزبوره التی لا وجه لإقامتها منه مع فرض عدم کونه وکیلا و لا صاحب حق و إن قلنا بانتفاعه بها لو أقامها المقر له فی دفع الیمین عنه من حیث الإقرار الذی لا حیلوله به فی الفرض بناء علی ثبوت المال بالبینه، و أما ما ذکره من الإشکال فالأقرب أنهما معا خارجان، و الله العالم.

و لو أقر بها لمن یمتنع مخاصمته و تحلیفه کما لو قال: هی وقف علی الفقراء، أو علی مسجد، أو علی ابنی الطفل، أو هی ملک له انصرفت الخصومه عنه، و لا سبیل إلی تحلیف الولی و لا الطفل، و لا تغنی إلا البینه.

و فی المسالک «و إذا قضی له الحاکم بالبینه و کان الإقرار لطفل کتب الحاکم صوره الحال فی السجل لیکون الطفل علی حجته إذا بلغ».

قلت: قد یقال: بعدم الحجه له لوجود ولیه القائم مقامه الذی هو أولی من الوکیل، فتأمل. هذا کله إذا أقر بها لمعین.

أما لو أقر المدعی علیه بها لمجهول فقال: هی لیست لی و لکن لمن لا أسمیه ففی القواعد و غیرها لم تندفع الخصومه عنه و ألزم البیان أو الاعتراف للمدعی قیل أو الادعاء لنفسه.

و فیه أنه مناف لإقراره الأول، کما أنه قد یناقش فی أصل عدم اندفاع الخصومه عنه بعد الحکم شرعا بانتفاء المال عنه، و حینئذ یأخذه الحاکم منه و ینحصر إثباته للمدعی بإقامه البینه علیه.

و لو قال المدعی للعین: هی وقف علی و أقر بها من هی فی یده لآخر و صدقه فقد عرفت انصراف الخصومه عنه، لکن فی المسالک فی

إحلافه هنا و إن قلنا به فی غیره وجهان، من حیث إن المدعی قد اعترف بالوقف و الوقف لا یعتاض عنه، و من أنه مضمون بالقیمه عند الإتلاف و الحیلوله فی الحال کالإتلاف، و هذا أقوی».

[المسأله الرابعه إذا ادعی أنه آجره الدابه و ادعی آخر أنه أودعه إیاها تحقق التعارض]

المسأله الرابعه إذا ادعی مدع أنه مثلا قد آجره الدابه المعینه لمن هی فی یده مده معینه و ادعی آخر أنه أودعه أو أعاره إیاها فی المده المزبوره تحقق التعارض مع فرض قیام البینتین بالدعویین و عدم تصدیق من هی فی یده لأحدهما لموته أو عدم حضوره أو غیر ذلک و عمل بالقرعه مع فرض تساوی البینتین فی عدم الترجیح بشی ء من المرجحات السابقه، فیحلف من خرجت القرعه باسمه، فان نکل حلف الآخر و إن نکلا قسمت العین بینهما نصفین، إذ هی حینئذ من دعوی الملک بدعوی الید و التصرف من کل منهما، فیجری فیها الحکم السابق، و لا تکون المسأله حینئذ من مسأله الاختلاف فی العقود کی ینبغی للمصنف ذکرها فی الفصل الثانی، بل هی من الاختلاف فی الأملاک حینئذ، و لذا ذکرها فی فصله.

و أصرح منها عباره الإرشاد، قال: «و لو أقام بینه بإیداع ما فی ید الغیر منه و آخر بینه باستئجار القابض منه أقرع مع التساوی» و مثلها عبارته فی التحریر، و بما ذکرناه شرحها فی مجمع البرهان إلی أن قال:

«و إن نکلا یمکن الحکم بالقسمه کما مر، و یحتمل ترجیح من صدقه المتشبث، و أن للآخر تحلیفه علی عدم العلم بأنه له، بل لکل واحد علی تقدیری دعوی العلم و إنکاره یمکن تحلیفه».

قلت: لاـ يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا بعد أن كان ما نحن فيه منه. هذا و فى المسالك فى شرح العباره «المراد أن الدابه فى يد المدعى عليه، و المدعيان خارجان فادعى أحدهما أنه آجرها من صاحب اليد و ادعى الآخر أنه أودعه إياها، فان لم يقيما بينه حكم بها لمن يصدقه المتشبث، و إن أقام كل منهما بينه بدعواه تحقق التعارض بين البينتين مع الإطلاق أو اتحاد التأريخين، و حينئذ فيرجع إلى ترجيح إحدى البينتين بالعداله أو العدد، فان انتفى فالقرعه، و لو تقدم تأريخ إحداهما بنى على الترجيح به و عدمه، و قد تقدم نظيره فى الملك و سيأتى مثله، و قد كان ذكر هذه المسأله فى المقصد الثانى أولى، لأن الاختلاف فيها اختلاف فى العقود».

و فيه- مع أن ظاهر عدم العبره بتصديق المتشبث مع قيام البينتين- أنه قد جعل المسأله من الاختلاف فى العقود الذى معناه اختلاف فيها مع الاتفاق على المالك، و هو غير ما ذكرناه، على أن قوله أولا:

«فى يد المدعى عليه» يقتضى كون الدعوى منهما عليه، مع أن المسأله فى الدعوى بينهما مع قطع النظر عمن فى يده، فتأمل.

نعم هى فى القواعد مفروضه فى اختلاف العقود، قال: «و لو ادعى استئجار العين و ادعى المالك الإيداع تعارضت البينتان و حكم بالقرعه مع تساويهما» و شرحها فى كشف اللثام فقال: «و لو ادعى استئجار العين و ادعى المالك الإيداع فكل منهما يدعى عقدا مخالفا لما يدعيه الآخر و إن تضمن الأول تسلط ذى اليد على المنافع دون الثانى، فإذا أقام كل منهما بينه تعارضت البينتان، و حكم بالقرعه و اليمين مع تساويهما فيما عرفت، و مع نكولهما يقتسمان المنافع بانقسام المده أو العين فى تمام المده».

و فيه ما لا يخفى حتى دعوى القسمه بينهما على الوجه المزبور، و من

هنـا قـال: «و الأـقوى أن القول قول المالـك و البينه بينه الآـخر، للإنفـاق على أن العين و المنـافع ملك له، فمن يـدعى الاستئجار يدعى تمليك المنافع و هو ينكره، و قد

روى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)(۱)«فى الثوب يـدعيه الرجل فى يـد رجل فيقول الذى هو فى يديه: هو لک عندى رهن، و يقول الآخر: هو لى عندک وديعه، قال: القول قوله، و على الذى فى يديه البينه أنه رهن عنده»

و يحتمل العكس بعيـدا بناء على أنه ذو يـد و اليـد كما ترجح ملك العين ترجح ملك المنفعه» انتهى. و هو جيد لكن ينبغى بناء المسأله على تقديم بينه الداخل و الخارج.

و كيف كان فما ذكره المصـنف بناء على ما عرفت غير مفروض القواعـد و إن أبيت عن تفسـير المتن بما سـمعت، لعدم مدخليه اختلافهما فى الإجاره و الإيداع فى ذلک، ضروره مساواته لما إذا ادعى كل منهما الإجاره أو الوديعه، إذ المراد

بيان كونها له بذلک. فالمتجه حينئذ تفسـيرها بإراده بيان التداعى بين المدعيين الخارجين مع قطع النظر عن المالک لغيبه مثلا أو غيرها، فقال أحدهما: إن المالک قد آجرها لى سنه مثلا و قال الآخر: إن المالک أو دعنيها أو أعارنيها السنه المزبوره و أقام كل منهمـا بينه و اتحـد تأريخهمـا و عـددهما و عـدالتهما يقرع بينهما، إلا أن الظاهر كونها قرعه تعيين لا لليمين، إذ القول بالتنصـيف بينهمـا على الوجه الـذى سـمعته من الفاضل فى دعوى المالک و غيره واضـح الضـعف، لعـدم مساعـده الأدله عليه، و أقرب منه القول على تقدير اليمين وقوف الدعوى مع نكولهما و عدم الحكم بصحه دعوى أحد منهما، و الله العالم.

۱- ۱ المستدرک الباب- ۱۴- من كتاب الرهن- الحديث ۲.

[المسأله الخامسه لو ادعى دارا مثلا فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر قيل لا تسمع هذه البينه]

المسأله الخامسه:

لو ادعى دارا مثلا- فى يد انسان و أقام بينه أنها كانت فى يده أمس أو منذ شهر قيل كما عن الإسكافى و الشيخ فى محكى المبسوط و الخلاف لا- تسمع هذه البينه بل و كذا لو شهدت له بالملك أمس، لأن ظاهر اليد الآن الملك فعلا فلا تدفع بالمحتمل و هو اليد و الملك السابقان، و لعدم تطابق الشهاده و الدعوى التى هى الملك الآن، و الاستصحاب مقطوع بظاهر اليد.

و فيه إشكال، و لعل الأقرب القبول عند المصنف كما هو أحد قولى الشيخ أيضا، لأن اليد الحاضره و إن كانت دليل الملك لكن السابقه المستصحبه و الملك السابق كذلك أولى، لمشاركتها لها فى الدلاله على الملك الآن و انفرادهما بالزمن السابق، فيكونان أرجح، و الحكم باستصحابها أوجب المطابقه بين الدعوى و الشهاده، و لأن الثابت من اقتضاء اليد الملكيه فعلا حال عدم ما يعارضها و لو استصحاب يدعيه الخصم، و لذا صرح غير واحد بانتزاع العين من يد من أقر بأنها ملك المدعى أمس.

بل فى الكفايه «و فى كلامهم القطع بأن صاحب اليد لو أقر أمس أن الملك له أو شهدت البينه بإقراره له أمس أو أقر بأن هذا له أمس قضى به له» و إن استشكل هو فى إطلاق ذلک.

و دعوى ظهور الفرق بين ثبوت الملک بالإقرار و بين ثبوته بالبينه كما سمعته سابقا من كشف اللثام كما ترى.

و كان عباره الفاضل فى القواعد لا يخلو من تدافع فى الجمله، حيث

قال فی المسأله: «و لو شهد أنه کان فی ید المدعی بالأمس قبل، و جعل المدعی صاحب ید، و قیل: لا یقبل لأن ظاهر الید الآن الملک، فلا یدفع بالمحتمل، نعم لو شهدت بینه المدعی أن صاحب الید غصبه أو استأجرها منه حکم له، لأنها شهدت بالملک و سبب ید الثانی» و قد قال سابقا:

«و لو شهدت البینه بأن الملک له بالأمس و لم تتعرض للحال لم تسمع إلا أن تقول: و هو ملکه فی الحال أو لا نعلم له مزیلا، و لو قال: اعتقد أنه ملکه بالاستصحاب ففی قبوله إشکال، أما لو شهد بأنه أقر له بالأمس ثبت الإقرار و استصحب موجبه و إن لم یتعرض الشاهد للملک الحالی، و لو قال المدعی علیه: کان ملکک بالأمس انتزع من یده، فیستصحب بخلاف الشاهد، فإنه عن تخمین، و کذا یسمع من الشاهد لو قال: هو ملکه بالأمس اشتراه من المدعی علیه، أو أقر له المدعی علیه بالأمس، لأنه استند إلی تحقیق».

و مثلها عباره الإرشاد قال: «و لو شهدت بملکه فی الأمس لم تسمع حتی تقول: و هو ملکه فی الحال أو لا أعلم زواله، و لو قال: لا أدری زال أم لا لم یقبل، أما لو قال هو ملکه بالأمس اشتراه من المدعی علیه أو أقر له به أو غصبه من المدعی أو استأجره منه قبل، و لو شهد بالإقرار الماضی ثبت و إن لم یتعرض للملک فی الحال، و لو قال المدعی علیه: کان ملکک بالأمس انتزع من یده، و لو شهد أنه کان فی یده أمس ثبتت الید و انتزعت من ید الخصم علی إشکال».

و فی غایه المراد التصریح باختیار المصنف و کذا الفاضل فی المختلف و اقتصر فی الدروس علی نقل القولین من دون ترجیح، و لعل الوجه فی ذلک منهم ما أشرنا إلیه سابقا من عدم الحکم بالشهاده حتی یضیف إلیها ما یقتضی الشهاده بالحال، أما مع عدم ذلک فلیس إلا الاستصحاب،

و هى المسأله التى اختلف فيها كلام الشيخ.

و على كل حال فقد احتج فى المختلف على مختاره بما حاصله أنه قد بينا تقديم البينه التى تشهد بالملك القديم على البينه التى تشهد بالملك الحادث، و هو مما لا يجتمع مع القول بعدم الحكم بسبق اليد التى هى دليل ظاهر على الملكيه، فإذا ثبت بالبينه أو بالإقرار سبقها فقد ثبت دليل الملك، و ثبوت دليل الملك يقتضى ثبوت مدلوله، و إلا لم يكن دليلا، و قد عرفت تقديم بينه قدم الملك، ثم حكى عن الشيخ الاحتجاج بأعميه اليد السابقه من الملكيه، و أجاب بمنع ذلك، فان اليد مع عدم دليل ينافى الملكيه دليل عليها، و إلا لجاء ذلك فى اليد المتأخره أيضا.

و فى المسالك بعد أن ذكر القولين و مختار المصنف منهما و دليله قال:

«و قد تقدم البحث فيه، و الفرق بين هذه و السابقه الموجب لإعاده البحث أن المعارضه فى هذه بين اليد المتحققه و السابقه الثابته بالبينه و الملك السابق كذلك، و السابقه وقع فيها التعارض بين البينتين الداله إحداهما على اليد فى الحال مع عدم ظهورها فى غيره و الأخرى على الملك السابق فلا تعرض فيها للمعارضه بين اليد السابقه و الحاليه، و قد تأكد من إطلاقه الحكم هنا و فى السابقه تقديم الملك القديم بغير تقييد بكونه إلى الآن أو عدم المزيل أن إضافه ذلك غير شرط، و إلا صح اشتراط إضافه ما يعلم منه أن الشاهد لم يتجدد عنده علم الانتقال، لما بيناه من عدم المنافاه بين علمه بالملك و شهادته به مع انتقاله عن المالك الآن».

و هو من غرائب الكلام، كما أشرنا إليه سابقا، و مقتضاه موافقه المصنف على القبول مع إضافه ما يعلم منه عدم علم الشاهد بالملك أمس بالانتقال، و بالجمله لا يخفى على من تأمل كلمات الجميع ما فيها من الخلط و الخبط فى موضوعات المسائل، إذ من المعلوم أن المراد فى المسأله السابقه

التی قدمنا فیها بینه الملک القدیم علی بینه الملک الحادث کون کل من البینتین تشهد بالملک فعلا للمال الخارج عنهما و یتعارضان فی ذلک، و لکن إحداهما تشهد مع ذلک بملک سابق لا تعارضها الأخری فیه، فترجح حینئذ أو یبقی استصحابه سالما عن المعارض، و هذه غیر الشهاده بالملک أمس فقط أو بالید السابقه الداله علیه، فإنه لیس إلا استصحاب ذلک، و هو لا یصلح معارضا لما تقضی به الید الحاله من الملک فعلا، إذ هو وارد علی الاستصحاب و قاطع له، فلا مدخلیه لهذه المسأله فی تلک.

نعم لو قلنا بکون الید أماره علی الملک فی الجمله لا مطلقا أشکل الحال حینئذ، و لکنه ظاهر الأصحاب، و یمکن استفادته أیضا من التأمل فی النصوص، خصوصا الخبر(۱)المشتمل علی جواز الشهاده بالید و القسم علی ذلک و إلا لم یقم للمسلمین سوق و غیره(۲)و بذلک مضافا إلی ما تقدم لنا ظهر لک الحال فی المسأله و دلیلها و ما فی الکلمات المزبوره.

و أما ما سمعته من الفرق بین الإقرار و غیره فالمسلم منه إن لم یکن إجماعا ما إذا بقیت العین فی ید المقر و لم یعلم تجدد ید أخری له، فان الظاهر حینئذ أخذه بإقراره الرافع لحکم استدامه یده السابقه مع فرض عدم العلم بتجدد ید غیرها، و الأصل عدمها، أما لو کان قد أقربها و دفعها إلی المقر له ثم وجدت فی یده المقتضیه کونه مالکا لها فان انتزاعها من یده لاستصحاب الإقرار السابق محل إشکال بل محل منع، ضروره عدم الفرق بینه و بین انتزاعها باستصحاب الملک السابق الثابت بالبینه الذی قد عرفت عدمه.

و بذلک یظهر لک الوجه بانتزاعها منها بإقراره بالغصبیه أو الاستئجار أو نحوهما، لأصاله عدم ید أخری غیر الی صادفت إقراره، و حینئذ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۵.

فالميزان ذلک، فلاحظ انطباقه على ما فى العبارات السابقه، هذا كله مع شهاده البينه بملكه سابقا فقط.

أما لو شهدت أى بينه المدعى مع ذلک ب أن صاحب اليد غصبه أو استأجره حكم بها بلا خلاف و لا إشكال لأنها شهدت بالملک و سبب يد الثانى و الأصل عدم تجدد يد أخرى غير الأولى له، كما أن الأصل عدم تجدد سبب غير حكم الاستدامه للابتداء و هو واضح.

كوضوح الحكم فيما لو قال: غصبنى إياها و قال آخر: بل أقر لى بها و أقاما البينه قضى بها للمغصوب الذى شهدت بينته له بالملک و سبب يد المتشبث و أنها عاريه فى مجموع وقتها، و حينئذ يكون إقراره للغير بها فى زمن اليد إقرارا بعين مغصوبه فلا ينفذ و لم يضمن المقر للمقر له شيئا لأن الحيلوله لم تحصل بإقراره لآخر بل بالبينه التى يزعم أنها ظالمه، و الله العالم.

[المقصد الثانى فى الاختلاف فى العقود]

اشاره

المقصد الثانى (۱۱) من المقاصد الأربعه فى الاختلاف فى العقود إذا اتفقا (۱۲) المؤجر و المستأجر على استئجار دار معينه شهرا معينا و اختلفا فى الأجره (۱۳) فاما أن يعدما البينه أو يجداها أو يجدها أحدهما خاصه، و على التقديرات فالاختلاف إما بعد استيفاء المده أو فى

أثنائها أو ابتدائها، فيكون الصور حينئذ تسعه، فإن عدما البينه فالقول قول المستأجر بيمينه فی صوره الثلاثه علی المشهور، بل عن التـذكره نسبته إلی علمائنا، لحصول عنوان المـدعی علیه و المنكر فیه كحصول وصف المدعی للمؤجر، فهما حینئذ بمنزله ما لو ادعی علیه عشره دنانیر و أقر له بخمسه، فإن القول قوله فی نفی الزائد بغیر إشكال.

خلافا للشیـخ فی المحكی عن مبسوطه فالتحالف، و تبعه علیه بعض المتأخرین» نظرا إلی أن كلا منهما مدعی و مدعی علیه، لأن العقد المتشخص بالعشره غیر العقد المتشخص بالخمسه، فیكون كل منهما مدع لعقد غیر العقد الذی یدعیه الآخر، و هذا یوجب التحالف حیث لم یتفقا علی شـی ء و یختلفان فیما زاد علیه، فإذا تحالفا حینئذ انفسخ العقد بحكم الحاكم، و رجع المؤجر بأجره المثل للمنفعه المستوفاه كلا أو بعضا و إلا فلا شی ء له.

و ضعفه فی المسالك و غیرها بأن «العقد لا نزاع بینهما فیه، و لا فی استحقاق العین المؤجره للمستأجر، و لا فی استحقاق المقدار الـذی یعترف به المستـأجر، و إنمـا النزاع فی القـدر الزائـد، فیرجع فیه إلی عموم الخبر(۱)و لو كـان مـا ذكروه من التوجیه موجبا للتحالف لورد فی كل نزاع علی حق مختلف المقدار، كما لو قال: أقرضـتک عشـره فقال: بل خمسه، فان عقد القرض المتضـمن أحـد المقـدارین غیر العقـد المتضـمن للآخر، و كما لو قال: أبرأتنی من عشـره من جمله الـدین الـذی علی فقال: بل خمسه، فان الصیغه المشـتمله علی أحـدهما غیر الأخری، و هكـذا القول فی غیره، و هـذا مما لا یقول به أحـد، و الحق أن التحالف إنما یرد حیث لا یتفق الخصمان علی قدر و یختلفان فی الزائد عنه، كما لو قال المؤجر: آجرتک

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب كیفیه الحكم.

الـدار شـهرا بدينار فقال، بل بثوب، أو قال: آجرتک هذه الدار بعشـره فقال: بل تلک الدار، و نحو ذلک. أما فی المتنازع فالقول المشهور من تقديم قول المستأجر هو الأصح».

قلت: قد يقال: إن المتجه التحالف إذا فرض کون مصب الدعوی منهما فی تشـخص العقد الذی هو سـبب الشـغل، إذ لا فرق فی مشـخصاته بين زياده الثمن و نقصانه و بين غيرهما من المشـخصات، نعم لو کانت الـدعوی بينهما فی طلب الزائد و إنکاره و إن صرحـا بکون ذلـک من ثمن الإجـاره کان المؤجر حينئـذ المـدعی و المسـتأجر المنکر بخلاف الأول الـذی لا يشـخص الأصـل أحدهما، إذ کل منهما أمر وجودی و الأصل عدمه، و الفرض أنه شخص واحد لا شخصان.

و فرق واضـح بين ذلـک و بين دعوی القرض و الإبراء اللـذين يتصور فيهما تعـدد عقـد القرض و الإبراء، إلا أن يفرض اتفاقهما علی صـيغه واحـده و اختلفا فيما تضـمنته، فان المتجه حينئـذ التحالف، و لکن نتيجته فيها عـدم ثبوت الزياده المدعاه للمقرض و مدعی الإبراء، بخلاف المقام الذی يرجع إلی أجره المثل التی قد تخالف الزياده المدعاه، و بذلک يمکن عود النزاع لفظيا.

و احتمال القول بأنه مـدع و منکر حتی علی الفرض المزبور باعتبار موافقه دعوی النقيصه لأصل البراءه يدفعه أن ذلک الشـخص ليس مقتضـی أصل البراءه، کما أنه يـدفع القول بأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما علی قدر متفق عليه- و هو خلاف الفرض- أن النقيصه ليست قدرا متفقا عليها فی العقد الذی هو محل النزاع، ضروره أن الخمسه فيه ليست جزء من العشره فی التقدير الآخر، و إنما يتصور ذلک فيما لو اتفقا علی ذکر مقـدار مخصوص فی العقـد و اختصـما فی عطف أمر زائد عليه، لا فی مثل المقام الذی محل النزاع فيه أن عقد الإجاره المشخص هل کان لفظ الثمن فيه

خمسه أو عشره، كما هو واضح و قد أشرنا إلى ذلك فى كتاب البيع(۱)مع الاختلاف فى الثمن لولا النص المخصوص فيه، فلاحظ و تدبر.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله لا ينافى الاتفاق على شغل الذمه بمعنى الخمسه الذى هو قدر مشترك بين لفظها و لفظ العشره مثلا، ضروره تحقق شغل الذمه بذلك على كل من التقديرين، فلا يتحقق موضوع التحالف، نعم قد يمنع انحصار موضوعه فى ذلك، و إنما العمده فيه العرف الصادق فى الفرض أن كلا منهما مدع و مدعى عليه، فتأمل.

هذا و عن موضع من الخلاف القرعه مع اليمين، و لعله لإشكال الحال عليه فى أنه من التداعى أو من المدعى و المنكر و إن كان فيه أنه لا إشكال بحسب الاجتهاد فيه على ما ذكرناه، بل و على غيره أيضا.

و لم يتعرض الشيخ لما إذا نكلا معا بعدها، فهل تقسم الزياده بينهما أو يوقف الحكم، و فى الثانى إشكال مع فرض استيفاء المنفعه بل و الأول، لعدم شمول دليل التنصيف لها، خصوصا مع كون نزاعهما فى العقد الذى هو غير قابل للقسمه لا فيها نفسها، و قد يقال مع الاستيفاء بوجوب دفع أقل الأمرين من أجره المثل المفروض. كونها أقل مما يدعيه المؤجر و من المسمى الذى يدعيه المستأجر على الثانى و يحتمل القرعه بلا يمين، هذا كله مع عدم البينه لأحدهما.

و أما إذا أقام كل منهما بينه بما قدره فى دعواه فان تقدم تأريخ إحداهما للعقد بأن قال وقع فى شهر رمضان مثلا و الآخر فى شوال عمل به، لأن العقد الثانى يكون باطلا بعد اتفاقهما على عدم الإقاله.

و إن كان التأريخ واحدا أو كانت البينتان مطلقتين، بل أو

۱- ۱ راجع ج ۲۳ ص ۱۸۴- ۱۸۶.

إحـداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه، لعدم مدخليه جهل التأريخ هنا، كما هو واضح تحقق التعارض، إذ الفرض كون العقد واحدا، و لا يمكن فى الوقت الواحـد وقوع عقـدين صـحيحين متنافيين، و حينئذ فليس مع فقد الترجيح بينهما بالمرجحات السابقه إلا أن يقرع بينهما، و يحكم لمن خرج اسمه مع يمينه للنصوص(۱)السابقه، فإن نكل حلف الآخر، و إن نكلا معا فقد عرفت الكلام فيه.

و هذا اختيار شيخنا فى المبسوط و هو متجه فى صوره التحالف مع عدم البينتين، ضروره حصول التعارض بين الشهادتين بعقدين متخالفين يكذب كل منهما الآخر كالشهاده بعقدين على معنيين كدرهم و دينار، فإن استيجار عين

بـألف فى وقت ينـاقض استيجارهـا بـألفين فى عين ذلك الوقت، كما أن استئجارها بـدرهم فى وقت ينافى استيجارها بـدينار فى ذلـك الوقت بعينه، بخلاـف مـا إذا شـهدت بينه بـأن عليه ألفا و أخرى بأن عليه ألفين أو بينه بإبرائه من ألف و أخرى بإبرائه من ألفين، كمـا اعترف بـذلك كله فى كشف اللثام، و هو يؤيـد القول بالتحالف مع عـدمهما و مشـتمل على الفرق بين المقام و بين القرض و الإبراء اللذين سمعت الإيراد به من ثانى الشهيدين.

و قـال آخر و هو الحلى فى محكى السـرائر يقضـى ببينه المؤجر، لأـن القول المسـتأجر لو لم تكن بينه، إذ هو يخالف على ما فى ذمه المسـتأجر، فيكون القول قوله، و من كان القول قوله كان البينه فى طرف المـدعى، و حينئذ نقول: هو أى المؤجر مدع زياده و قـد أقـام البينه بهـا، فيجب أن تثبت لأـنه خـارج و لاـ بينه للمسـتأجر، لأـنه داخـل، إذ المراد من الـداخل و الخارج فى كلامهم المدعى و المنكر

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۵ و ۶ و ۷ و ۸.

لا خصوص ذی الید و مدعیه و إن کانت النصوص قد اشتملت علیه.

و فی إطلاق القولین تردد بناء علی ما عرفته من اختلاف صوره الـدعوی التی یتجه فی إحداهما ما ذکره الشیخ و فی الأخری ما ذکره الحلی بناء علی تقدیم بینه الخارج، و إن قلنا بتقدیم بینه الداخل اتجه تقدیم بینه المستأجر، و مع فرض تساویهما فی ذلک یرجع إلی القرعه، کما هو واضح. و أما إذا کانت البینه لأحدهما خاصه فلا ریب فی القضاء بها له فی صوره التحالف و للمدعی فی الصوره الأخری، أما إذا أقامها المنکر فیها فلا عبره بها بناء علی عدم بینه له مطلقا.

و مما تقدم یظهر لک الحکم فی ما لو ادعی استئجار دار معینه مده معینه بأجره کذلک فقال المؤجر: بل آجرتک بیتا منها و فی التحریر و کشف اللثام أو ادعی استئجارها شهرین بعشره و المؤجر شهرا بها، ضروره اتحاد وجه البحث فیهما، و لذا قال الشیخ فیها یقرع بینهما نحو ما سمعته منه فی السابقه أو یتحالفان علی قوله الآخر.

و قیل و القائل ابن إدریس فی محکی السرائر القول قول المؤجر نحو ما سمعته منه أیضا فی تقدیم قول المستأجر فی نفی الزیاده فی الأجره.

و لکن فی المتن هنا أن الأول أشبه لأن کل واحد منهما مدع (۱۱) مع تردده فی القولین فی السابقه، علی أن تعلیله یقتضی التحالف لا القرعه، و لعله لظهور التداعی فی المقام بخلاف الأول الذی مرجعه إلی دین فی الذمه، و لذا جزم فی التحریر بالفرق بینهما. و علی کل حال فلا یخفی علیک طرد ما تقدم هنا.

و (۱۲) منه ما لو أقام کل منهما بینه تحقق التعارض مع

اتفاق التأريخ أو إطلاقهما أو إطلاق إحداهما و تأريخ الأخرى و التساوى فى العدد و العداله، فيقرع بينهما على القول بالتحالف، و تقدم بينه المستأجر على القول بكونه المدعى الخارج و المؤجر هو الداخل الذى لا بينه له.

و فى كشف اللثام «فى الأول يحكم بالقرعه مع اليمين، فان نكلا فالظاهر أن البيت لما اتفقا على إجارته فهو فى إجارته إلى أن تمضى المده و يقتسمان الباقى نصفين، و يسقط من الأجره بالنسبه، و كذا مع الاختلاف فى الزمان يقتسمان شهرا من الشهرين، فتكون الدار عند المستأجر شهرا و نصفا، و يسقط من الأجره ربعها، و إن كان النزاع أو رفعه بعد مضى المده و تصرف المستأجر فى تمام الدار و تمام الشهرين يثبت للمالك فى نصف غير البيت أو فى نصف شهر أجره المثل».

و فيه أن المتجه فى الأول ثبوت الأجره مع قسمه ما فيه النزاع بالنصف، نعم يتجه أجره المثل فى الأخير، لوقوع التصرف فيه بلا أجره، و يمكن القول هنا بالقرعه بلا يمين، لعدم تناول دليل التنصيف للفرض كما سمعته فى المسأله الثانيه، بل لعله هنا أولى.

و فى الدروس «فان اتحد التأريخ أعملنا أو أسقطنا أو أقرع مع اليمين» و لعل إعمالهما بمعنى تقديم بينه الداخل أو الخارج، و إسقاطهما بمعنى الرجوع إلى الحكم مع عدم البينه كل على مختاره فيه، و أما احتمال كون المراد بإعمالهما بطلان الإجاره فى البيت و صحتها فى بقيته بالنسبه بعد تصويرها بإيقاع ذلک من الأصليين و الوكيلين فبعيد أو باطل.

و مع التفاوت فى التأريخ يحكم للأقدم و بطلان المتأخر لكن قد ذكر المصنف و غيره هنا أنه إن كان الأقدم بينه البيت حكم بإجاره البيت بأجرته و بإجاره بقيه الدار بالنسبه من الأجره لبطلان ما قابل البيت المفروض تقدم إجارته منها و صحه الباقى، فلو كان

البيت يساوى نصف أجره الـدار صح فى باقيها بنصف الأجره، فيجتمع على المسـتأجر مجموع الأجره للبيت الذى قد تقدم تأريخ إجـارته و نصـفها لبقيه الـدار، فـإذا فرض مثلاـ أن الأـجره التى اتفقا عليها عشـره لكن ادعى المسـتأجر أنها أجره الجميع و ادعى المؤجر أنها أجره البيت و كان المتقـدم تأريخ بينه البيت ثبت على المسـتأجر خمسه عشـر فى مقابله المجموع عشـره أجره البيت ببينه المؤجر، و خمسه فى مقابله باقى الـدار ببينته، و لا ينافى ذلك خروجه عن دعواهما التى هى وقوع عقـد واحد منهما و كون العوض فيه عشـره، و إنما الاختلاف فيما تضـمنه فى مقابله العشره الدار أو البيت، لأن الثابت فى الشرع حجيه بينتهما لا دعواهما، و قـد اقتضـتا مـا عرفت، فينبغى العمـل به، لاحتمـال كونه الواقع و إن خرج عن دعواهما معا، كما سـمعته فى تنصـيف العين التى ادعى كـل منهمـا له و هى فى أيـديهما، و تسـمعه فى غيره، بـل قـد يقـال بوجوب العمـل بكـل منهمـا و إن علم الحاكم بخروج الحاصل من مقتضى الاجتهاد فى إعمالهما عن الواقع فضلا عن دعواهما مع احتماله الواقع.

و كيف كان ففى الـدروس احتمال الحكم بصـحه الاجارتين مع عـدم التعارض، لأن الاستئجار الثانى يبطل ملك المسـتأجر فيما سبق، و كأنه فرضه فى غير دعوى اتحاد العقـد، إذ يمكن حينئـذ استئجار البيت منه أولا ثم انتقل منه إلى المؤجر بعقد إجاره من المستأجر ثم آجره الدار كلها فتصح الإجارتان، و الله العالم.

و لو ادعى كـل منهمـا أنه اشترى دارا معينه من شـخص بعينه و أقبض الثمن و هى فى يـد البـائع و لا بينه لأحـدهما فإن كـذبهما حلف لهمـا و انـدفعا عنه، و إن صـدق أحـدهما دفع له العين و حلف للآـخر و إن لم نقل إن الإقرار بها قبل القبض بمنزله التلف لآفه سماويه،

و للآخر إحلافه لادعائه عليه أيضا، و إن عاد فأقر للثانى غرم له القيمه إلا أن يصدقه الأول، فيدفع العين إليه، نعم لو قلنا إن الإقرار قبل القبض إتلاف كالآفه السماويه لم يتوجه له اليمين حينئذ و إن كان هو كما ترى. و لو صدق كل واحد فى النصف حكم به لكل منهما و حلف لهما، و لو قال:

لا أعلم لمن هى منكما ففى كشف اللثام تقارعا و قضى لمن خرج بالقرعه بعد اليمين.

و لو أقام كل منهما بينه قضى بالقرعه مع تساوى البينتين عداله و عددا و تأريخا أو مطلقتين أو إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه بناء على عدم تأخر مجهول التأريخ عن معلومه و إذا كان كذلك حكم لمن يخرج اسمه مع يمينه على المشهور، لما عرفته من الأدله السابقه أو لا معها على احتمال أو قول، و فى كشف اللثام «و يحتمل الاقتسام للتعارض و التساقط فيحلف الثالث لهما لو أكذبهما إلى آخر ما مر» و التفريع على احتمال التساقط.

و كيف كان ف لا يقبل قول البائع لأحدهما بعد الحكم بما سمعت، لكن فى كشف اللثام «لاعترافه بأنه ليس عليها يد ملك و قيام البينه بذلك، و يحتمل القبول فيكون المقر له ذا اليد فتقدم بينته أو بينه الآخر على الخلاف» و فيه أن جزم المصنف و غيره بعدم قبول قول البائع مبنى على كون ذلك قد كان منه بعد الحكم بمقتضى القرعه و بعد انتزاعها منه بالبينتين، فلا وجه للاحتمال المزبور.

و على كل حال يلزمه إعاده الثمن على الآخر، لأن قبض الثمنين ممكن فتزدحم البينتان فيه أى تجتمع فيه بخلاف عقد البيع، و لو نكل من أخرجته القرعه حلف الآخر و لو نكلا عن اليمين قسمت بينهما على حسب ما تقدم فى العين التى قد ادعيا ملكيتها و لكن

هنا يرجع كل منهما بنصف الثمن الذى دفعاه إلى البائع المفروض قبضه للثمنين.

نعم فى كشف اللثام «إلا إذا اعترفا أو اعترف أحدهما أو شهدت بينتاهما أو إحداهما بقبض المبيع، فمن قبضه من بائعه باعترافه أو بشهاده بينه لم يكن له الرجوع عليه بشى ء من الثمن، لثبوت استحقاقه له بالإقرار أو بالبينه، غايه الأمر أنه اغتصب منه نصف العين بعد ذلك».

و قد سبقه إلى ذلك الشهيد فى المسالك، فإنه قال فى المسأله الأخيره:

«و حيث قلنا بثبوت الخيار على تقدير القسمه فذلك إذا لم تتعرض البينه لقبض المبيع و لا اعترف به المدعى، و إلا فإذا جرى القبض استقر العقد، و ما يحدث بعده فليس على البائع عهدته» و كذا فى التحرير، و قد وقع ذلك للرافعى من الشافعيه.

و فيه أن الاعتراف بالقبض أو ثبوته بالبينه لا ينافى الرجوع بالثمن بعد ثبوت استحقاق المبيع لغير البائع بالبينه، كما هو واضح. اللهم إلا أن يقال: إن عدم الرجوع بعد القبض لتركهما اليمين باختيارهما، و لكن ذلك غير موافق لما سمعته من التعليل، بل لا يتم فيما سمعته من كشف اللثام أخيرا، على أن ترك اليمين إن كان مقتضيا لذلك فلا فرق فيما بين قبل القبض و بعده.

و على كل حال ف هل لهما أن يفسخا البيع الذى ثبت لكل منهما بالبينه؟ الأقرب عند المصنف و الفاضل و غيرهما نعم، لتبعض المبيع عليه قبل قبضه و عدم حلفهما تنزيها عن القسم بالله عذر، و يحتمل العدم، لأن لكل منهما إحراز الكل بيمينه، فالتبعيض إنما جاء منهما، و أشار المصنف بقوله: «قبل قبضه» إلى ما صرح به فى كشف اللثام من أنه «لا خيار لهما مع دعوى كل منهما قبض المبيع

أو شهدت البينه به» و فيه ما عرفت من عدم الفرق فی ثبوت الخيار بالتبعيض قبل القبض و بعده بعد أن كان ذلك لثبوت استحقاقه للغير بالبينه، و كذا بالنسبه إلى الرجوع بالثمن.

و كيف كان فان فسخا كانت العين للبائع و رجع كل منهما عليه بكمال الثمن و لو فسخ أحدهما كان للآخر أخذ الجميع حينئذ الذى هو مقتضى بينته لعدم المزاحم له.

خلافا للمحكى عن الشيخ فليس له، لأن الحاكم قد قضى له بنصفها دون النصف الآخر فلا يعود إليه، و ضعفه واضح، على أن الذى حكاه عنه فى الدروس التفصيل، قال: «و لو فسخ أحدهما فللآخر الجميع، و فيه أوجه ثالثها- و هو مختار الشيخ فى المبسوط- الفرق بين كون الآخذ الأول و الثانى، لأن القضاء للأول بالنصف إذا لم يتعقبه فسخ يقرر ملكه عليه بحكم الحاكم، فليس له نقضه بأخذ الجميع، و نعنى بالأول الذى فاتحه القاضى بتسليم النصف فرضى، بخلاف ما إذا فسخ المفاتح، فإن الثانى يأخذ الجميع قطعا، لإيجاب بينته الجميع ما لم ينازع و إن كان هو أيضا ضعيفا».

و توهم أن مقتضى الفسخ الرجوع إلى البائع لا إليه بمقتضى الحكم الظاهرى مدفوع بأن التنصيف قد كان جمعا بين البينتين، و مع فرض الفسخ استقلت بينه الآخر بكون الجميع له بلا معارض، بل المتجه صيروره ذلك له قهرا عليه، لأنه مقتضى دعواه و بينته.

و لكن قال المصنف و غيره فى لزوم ذلك عليه تردد من ذلك و من استصحاب الخيار له أقربه اللزوم للأصل و غيره بعد انتفاء المقتضى له.

و لو أرخت البينتان تأريخين مختلفين حكم للسابق و بالثمن للآخر،

بـل فی کشف اللثـام «و إن أمکن أن یکون باعهـا من الأـول ثم اشتراها ثم باعها من الثانی، لحصول الجمع بین البینتین ببیعها من الثـانی و إن لم یشترهـا، لجـواز بیع ملـک الغیر، لکن إذا لم یجزه انفسـخ و اسـتقر علیه الثمن» أی فلاـ یتوقف الجمع بینهمـا علی الأول.

و لو کانت فی یـد أحدهما قضـی بها له مع عدم البینه و علیه الیمین للآخر، و لو أقاما بینه حکم للخارج علی رأی و للداخل علی آخر، کما عرفت الکلام فیه، و الله العالم.

و لو ادعی اثنـان مثلا أن ثالثا اشتری من کل منهما هـذا المبیع الـذی فی یـده بثمن معین عکس المسأله السابقه و أقام کل منهما بینه ففی القواعد و التحریر فان اعترف لأحدهما قضـی علیه بالثمن، و کذا إن اعترف لهما قضی علیه بالثمنین لإمکان صدقه و لو بشرائه ثم بیعه ثم شرائه، لکن فیه أن الحکم المزبور لا مدخلیه فیه لاقامتهما البینه، ضروره استناده إلی اعترافه به لا إلیها، و لذا لو اختص بأحدهما قضی له بالثمن خاصه دون الآخر، فیحلف له إن لم تکن له بینه، و إلا أخذ منه أیضا کما ستعرف.

و علی کـل حـال ف ان أنکر همـا مع إقـامه کـل منهمـا البینه علی دعواه و کـان التأریـخ مختلفا أو مطلقا قضـی بالثمنین جمیعا، لمکـان الاحتمال الـذی هو شـراؤه من أحـدهما ثم بیعه من الآخر ثم شـراؤه منه، و مهما أمکن الجمع بین البینتین وجب بخلاف المسأله السابقه، إذ الشراء لا یجوز لملک نفسه، و البیع یجوز لملک غیره و لو فضولا، کذا قیل.

و فیـه أن الاحتمـال فی الشـراء لمـال نفسه فضولاـ عن الغیر ممکن أیضـا، فالأـولی فی وجه الفرق اتحـاد المـدعی به فی المسـأله السابقه، و هو شراء

المبيع من مـالكه إلاـ أنه لم يعلم السابق منهما ليكون شـراء اللاحق فى غير محله بخلاف المقام، فان المـدعى به اسـتحقاق الثمن الـذى ثبت بثبوت سـببه، فمع فرض قيام البينه به فى وقتين مثلا وجب المسـبب، حتى لو كان المـدعى واحدا، نعم لو فرض كون الثمن معينا و كل منهما قد ادعاه بسبب كونه البائع لثمنه و أقام كل منهما بينه تحقق التعارض و لو مع إطلاقهما فتأمل جيدا.

هـذا و فى المسالـك و غيرهـا احتمـال كون المطلقتين أو المطلقه إحـداهما كمتحـدى التأريـخ الـذى ستسـمع حكمه، لاحتمـال الاتحاد، و الأصل براءه المشترى، فلا يؤخـذ إلا باليقين، و لعله لذا كان المحكى عن ظاهر الشـيخ التردد، و لكن لا يخفى عليك ظهور البينه فى التعدد، و الأصل تعدد المسبب بتعدد سببه.

و لو كـان التأريـخ واحـدا تحقق التعـارض، إذ لاـ يكون الملـك الواحـد فى الوقت الواحـد لاثنين، و لا يمكن إيقاع عقـدين من الأصـيلين مثلاـ فى الزمـان الواحـد و حينئـذ ف لاـ محيص عن أن يقرع بينهما لما عرفته من النص و الفتوى على أن ذلك حكم البينتين المتعارضتين بعـد فقد الترجيح بينهما فمن خرج اسـمه أحلف و قضـى له، و لو امتنعا من اليمين قسم الثمن بينهما إن كان متفق الجنس و الوصف و إلا كان لكل واحد نصف ما ادعاه من الثمن، لأن الدعوى فى الحقيقه على المثمن، و تنصـيفه يقتضى تنصيف الثمن أو يقسم الثمن بينهما بلا قرعه أو يقرع بلا يمين أو يحكم بسقوط البينتين على ما مر من الخلاف و الاحتمال.

و لو ادعى مـدع شـراء المبيع من زيـد و قبض الثمن و ادعى آخر شـراءه من عمرو و قبض الثمن و كانت العين فى يد البائعين أو أحدهما أو خامس و أقاما بينتين متساويتين فى العداله و العدد و التأريخ

فالتعارض متحقق ضروره عدم كون المال الواحد مملوكا بتمامه لشخصين فى زمان واحد فحينئذ يقضى بالقرعه لما عرفته سابقا و يحلف من خرج اسمه و يقضى له و يرجع الآخر على بائعه بالثمن و لو نكلا عن اليمين قسم المبيع بينهما و قد عرفت احتمال القسمه بلا قرعه و التساقط.

و على كل حال فإذا اقتسماها رجع كل منهما على بائعه بنصف الثمن و فى كشف اللثام إن لم يدعيا قبض العين و لا شهدت به بينتاهما و فيه البحث السابق و لهما حينئذ الفسخ و الرجوع بالثمنين لتبعض الصفقه و لو فسخ أحدهما جاز، و لكن لم يكن للآخر أخذ الجميع كما عرفته سابقا لأن النصف الآخر لم يرجع إلى بائعه (۱۱) بل إلى بائع آخر بخلاف السابق.

و كذلك لو كانت العين فى يدهما مع تعارض البينتين أو فقدان البينه مع التحالف أو نكولهما و يرجع كل بنصف الثمن، و لهما الفسخ، و فى كشف اللثام بالشرط المتقدم، و فيه ما عرفت.

و لو كانت فى يد أحدهما قضى له ببينته أو للخارج على الخلاف، و يرجع الآخر على بائعه بالثمن، و فى كشف اللثام «إلا إذا اعترف أو شهدت بينته بقبض العين» و فيه ما عرفت. و كذا لو كانت فى يد البائع المصدق لمدعى الشراء، فان كانت فى يد أحدهما فمدعى الشراء منه ذو اليد، فيقضى له ببينته أو للخارج، و إن كانت بأيديهما و صدق كل منهما مشتريه فكلاهما ذو اليد، فيقسم بينهما عند التعارض، و يرجع كل منهما بنصف ثمنه، بناء على ما ذكرناه من عدم الفرق فى ذلك بين القبض و عدمه بعد أن كان ثبوت ذلك بالبينه.

و لذا قال فى الدروس: «الثالثه: بائعان و مشتريان بأن ادعى كل منهما

أنه اشتراها من آخر و أقبضه الثمن و أقاما بينتين، فان تشبثا قسمت بينهما و رجع كل على بائعه بنصف الثمن، و إن تشبث أحدهما بنى على ترجيح الداخل أو الخارج، فيرجع المرجوح بالثمن، و إن خرجا و تكافأت البينات أقرع على الأقوى، و مع النكول يقسم و يرجع كل على بائعه بنصف الثمن، سواء كانت فى يد أحد البائعين أو يد أجنبى و لكل منهما الفسخ، و ليس للآخر أخذ الجميع لو فسخ أحدهما، لعدم عوده إلى بائعه» و كلامه صريح فى الرجوع و لو بعد القبض، و كذا فى القواعد، و الله العالم.

ثم إنه قد يتوهم من اقتصار المصنف فى التعارض على الصوره المزبوره عدمه فى غيرها، مع أن الظاهر تحقق ذلك أيضا فى صوره الإطلاق، إذ هى كغيرها من صور الإطلاقات السابقه، بل و كذا لو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى بناء على عدم الحكم بتأخر مجهول التأريخ عن معلومه، كما حرر فى محله، نعم لو كانا مؤرخين بتأريخين مختلفين ففيه البحث السابق فى تقديم الملك السابق و عدمه.

هذا و فى القواعد فى أصل المسأله زياده قول كل من المتداعيين و أنها أى العين ملكهما، و لعله لجواز أن يكون اشتراها أحدهما للآخر و أن يكون باعها أحد البائعين وكاله عن الآخر أو فضولا.

و فى المسالك «يقوم مقام ذلك أن يقول: و تسلمته أو سلمه هو إلى، لأن الظاهر أنه إنما ينصرف بالتسليم فى ما يملك، و فى دعوى الشراء من صاحب اليد لا يحتاج أن يقول: و أنت تملكه، و يكتفى بأن اليد تدل على الملك، و كذلك يشترط أن يقول الشاهد فى الشهاده اشتراه من فلان و هو يملكه أو اشتراه و تسلمه منه، و هذا القيد حسن، و سيأتى اختيار المصنف إياه، و كأنه تركه هنا اتكالا عليه، و فرعوا عليه أنه

يجوز أن يقيم شاهدين على أنه اشترى من فلان و آخرين على أن فلانا كان يملكه إلى أن باع منه، لحصول المطلوب من جمله الشهود، و لكن الآخرين إن شهدا هكذا فقد شهدا على البيع و الملك أيضا، و كذا إذا أقام شهودا على أنه اشترى منه وقت كذا و آخرين على أنه كان يملك ذلك إلى وقت كذا، و لو أقام أحد المدعيين بينه على أنه اشترى الدار من فلان و كان يملكها و أقام آخر البينه على أنه اشتراها من مقيم البينه الأولى حكم ببينه الثانى و إن لم يقل لمقيم البينه و أنت تملكها، كما لا يحتاج أن يقول لصاحب اليد، لأن البينه تدل على الملك، كما أن اليد تدل عليه» و لا يخفى ما فى ذلك كله من التطويل بلا طائل، ضروره معلوميه كون المراد النزاع فى الشراء من المالك و لو بظاهر اليد أو غيرها.

و لو ادعى عبد أن مولاه أعتقه و ادعى آخر أن مولاه باعه منه و كان العبد فى يد المولى أو ثالث أو لا يد لأحد عليه و لم تكن لأحدهما بينه و أكذبهما المولى حلف لهما يمينين. و إن كذب أحدهما و صدق الآخر ففى التحرير و ظاهر القواعد حلف لمن كذبه.

لكن فى كشف اللثام «و الحق ما فى المبسوط من أنه إن صدق المشترى لم يحلف للعبد، لأنه لو أقر بعد ذلك بالعتق لم يقبل، لكونه إقرارا فى حق الغير و لم يلزمه غرم، و كذا إن صدق العبد لم يحلف للمشترى، لأنه لو صدقه بعد ذلك فقد اعترف بالإتلاف قبل الإقباض، و هو كالآفه السماويه فى انفساخ البيع به، نعم إن ادعى عليه قبض الثمن حلف له إن أنكره».

و به جزم فى المسالك، لكن قال: «إن قلنا: إن إتلاف البائع كالآفه السماويه» و سبقهما إلى ذلك الرافعى من الشافعيه قال: «و قال الروزبانى: و ليس هنا موضع يقر لأحد المدعيين و لا يحلف للآخر

قولا واحدا إلا هذا».

و فيه منع عدم توجه اليمين للمشترى، فإنه مع إقراره المستخرج باليمين يكون من الحيلوله لا التلف، فيغرم له القيمه، و لذا جزموا فى المسأله السابقه- و هى دعوى الاثنين شراء العين من شخص هى فى يده- أنه لو أقر لأحدهما كان اليمين عليه للآخر، بل و له اليمين على المقر له، فلا يبعد حينئذ أن يكون هنا أيضا له اليمين على السيد و العبد، كما أنه قد يقال باليمين على السيد للعبد مع الإقرار للمشترى، لعموم

قوله (صلى الله عليه و آله) : «البينه»

و فائدته ثبوت الحريه فى حقه على وجه لو انتقل إليه بعد ذلك بارث و غيره يحكم بحريته إن لم نقل بوجوب شرائه فعلا عليه، كما عن بعضهم التصريح به، و إلا كانت الثمره واضحه.

و إن كان فى يد المشترى ففى المسالك و كشف اللثام قدم قوله بيمينه، و فيه أنه مدع على السيد بعد اعترافه بالشراء منه و إن كان فى يده، و لعله لذا أطلق فى القواعد تقديم قول السيد فيه، هذا كله مع عدم البينه.

أما معها و كان العبد فى يد السيد المكذب لهما أو فى يد أجنبى أو لا يد لأحد عليه فان اختصت بأحدهما عمل بها و إن أقاما معا البينه قضى لأسبق البينتين تأريخا لتبين بطلان الثانى منهما بيعا أو عتقا.

فان اتفقتا فى العدد و العداله و التأريخ أو الإطلاق أو أطلقت إحداهما و أرخت الأخرى قضى بالقرعه مع اليمين على من أخرجته لزوما للأدله السابقه، لا احتياطا كما عن الشيخ، فان نكل حلف الآخر.

و لو امتنعا معا من اليمين قيل و القائل الشيخ و جماعه يكون نصفه حرا و نصفه رقا لمدعى الابتياع لأدله التنصيف السابقه، لكن لا تخلو دعوى شمولها لمثل الفرض من تأمل و نظر، و لذا نسبه المصنف إلى القيل. و لكن عليه يرجع على البائع بنصف الثمن لفوات نصف المبيع، و فى كشف اللثام «إن لم يعترف أو لم تشهد بينه بإقباضه العبد» و فيه البحث السابق، و له خيار التبعيض على الأقوى لما عرفت.

و حينئذ ف لو فسخ عتق كله لزوال المزاحم للبينه الشاهده على المولى بعتقه و لو لم يفسخ المشترى ف هل يقوم على بائعه إن كان موسرا؟ الأقرب نعم (۱۱) وفاقا لجماعه لشهاده البينه بمباشره عتقه (۱۲) فيتم شرط السرايه.

و ما يقال- من أن البينه قد شهدت بإعتاقه كله و لم يعمل بها، و إنما حكم بعتق النصف حكما قهريا للتعارض بناء على عدمها فى القهرى فلا سرايه، على أن الواقع إما عتق الكل أو البيع أو عدم واحد منهما، و لا معنى للسرايه على الجميع- يدفعه بناء الأحكام على مقتضى ظاهر الأدله الشرعيه، و هو هنا عتق النصف بالبينه و لو بعد الأدله على إعمالها مع التعارض على الوجه المزبور.

و لو كان العبد فى يد المشترى فان قدمنا بينه الداخل حكم له، و إن قدمنا بينه الخارج حكم بالعتق، لأن العبد خارج، و عن بعض العامه على الأول تقدم بينه العبد، لأنه الداخل، إذ يده على نفسه، و فيه أنه لو قلنا يكون للحر يد على نفسه إنما يكون للعبد ذلك بالعتق و إلا فهو فى يد السيد أو المشترى.

و لو كان فى يد البائع فصدق المشترى فهو ذو اليد بناء على ما عرفته سابقا فى العين فى يد ثالث، فتأمل.

[مسائل]

اشاره

مسائل:

[المسأله الأولى لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلت سنها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر]

الأولى:

لو شهد للمدعى بأن الدابه ملكه منذ مده فدلت سنها على أقل من ذلك قطعا أو أكثر منها إن ادعى أنها نتجت عنده سقطت البينه، لتحقق كذبها كما فى القواعد و التحرير و غيرهما، لكن عن بعض النسخ أو «أكثريا» عطفا على «قطعا» و هى التى شرحها فى المسالك، فقال: «أما على تقدير كون الدلاله قطعيه فواضح، لأن الكذب حينئذ قطعى، و أما على تقدير الأكثريه فالدلاله ظنيه، و يشكل معارضتها للحكم الظاهر من عداله الشاهد، و فى التحرير اقتصر فى الحكم بسقوط البينه على الدلاله القطعيه، و هو أولى».

قلت: لا ينبغى التأمل فى عدم معارضه الظن للشهاده التعبديه، و ظنى غلط النسخه التى شرحها، بقرينه عدم عنوان من أحد من الأصحاب بذلك عدا الفاضل فى الإرشاد، فإنه قال «قطعا أو ظاهرا» و قرينه تعليله بتحقق الكذب، فلا وجه للإشكال فى ما ذكره، و لا أظنه قولا لأحد، إنما الكلام فى بطلان البينه مطلقا أو فى خصوص ما كذبت به، الظاهر الثانى، و لم أجد ذلك محررا فى كلامهم، و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا ادعی دابه مثلا فی ید زید و أقام بینه أنه اشتراها من عمرو فان شـهدت البینه بالملکیه مع ذلک للبائع أو للمشتری أو بالتسلیم قضی للمدعی]

المسأله الثانیه:

إذا ادعی دابه مثلا فی ید زید و أقام بینه أنه اشتراها من عمرو فان شـهدت البینه بالملکیه مع ذلک للبائع أو للمشتری أو بالتسـلیم قضی للمدعی بناء علی تقدیم الملک السابق، بل الید السابقه علی اللاحقه.

و إن شـهدت بالشـراء لا غیر قیـل و القائـل الشـیخ فی المحکی من مبسوطه و تبعه جمـاعه، بل فی المسالک نسـبه إلی الأکثر لا یحکم له به، لأن ذلک قد یفعل فیما لیس بملک، فلا تدفع الید المعلومه بالمظنون بل المحتمل و هو قوی عند المصـنف و غیره و قیل و القائل الشـیخ فی محکی الخلاف یقضـی له علی القول المزبور لأن الشراء دلاله علی التصرف السابق الدال علی الملکیه کما أن الید السابقه داله علیها، إذ کما أن الظاهر من الید کونها أصاله لا نیابه و لا عدوانا، فکذا البیع و الشـراء، خصوصا الواقعان منه بعنوان الملکیه و السلطنه بلا معارض له و إن لم یکن المال فی یده.

هـذا و فی المختلف الاـعتراض علی الشـیخ فی اکتفائه فی ثبوت الملک بالتسـلیم بحکمه أنه لو شـهدت البینه للخارج بأن الـدار کانت فی یده منذ أمس أنه لا تزال الید المتصرفه فکیف یمکن الجمع بین ذلک و بین ترجیحه هنا بتسلیم البائع إلی المشتری.

و فیه أن ذلک مبنی علی قوله بترجیـح الیـد السابقه، فإن له فی المسأله قولین، فلا یعترض علیه بالقول الآخر، کما أن له فی هـذه المسأله قولین، و الـذی یسـهل الخطب فی المسأله ما عرفت فیما سـبق من أنه لا یقضـی له حتی لو شـهدت البینه بالملک السابق فضلا عن الید السابقه، لعدم

معارضته للملک الفعلی المستفاد من الید الفعلیه، فبناء هذه المسأله علی المسأله السابقه، و الله العالم.

[المسأله الثالثه الصغیر المجهول النسب إذا کان فی ید واحد و ادعی رقیته قضی بذلک ظاهرا]

المسأله الثالثه:

الصغیر المجهول النسب إذا کان فی ید واحد و ادعی رقیته قضی بذلک ظاهرا، و کذا لو کان فی ید اثنین بلا خلاف أجده فیه، لأنه و إن کان الأصل فیه الحریه إلا أن رقیته أمر ممکن، و قد ادعاه ذو الید، و لا منازع له فیحکم به، بل فی التحریر و المسالک لا یلتفت إلی إنکاره بعد البلوغ لسبق الحکم برقیته، بل و کذا فی القواعد و عن التذکره إلا أنه قال: «له الیمین علی من فی یده» و إن کان فیه أن ذلک لا یقتضی سقوط حجته، کما فی کل مدع دعوی لا معارض لها، مثل الوکاله عن الغیر و شبهها، فإنه لا ینافی دعوی الغیر عدمها بعد ذلک. و لعله لذا قال المصنف: «ظاهرا» بل فی الإرشاد و غیره الجزم بأنه إذا بلغ و أنکر أحلف، بل قال فی موضع آخر من القواعد: «لو ادعی الصبی الممیز الحریه لم تسمع، فان بلغ و ادعاها سمعت، و لا تأثیر للید علیه و لا إبطال الدعوی السابقه».

بل إن لم یکن إجماعا أو سیره قطعیه أمکن المناقشه بالحکم برقیته حال صغره علی وجه تجری علیه أحکام الملک، ل

خبر حمران بن أعین(۱)«سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن جاریه لم تدرک بنت سبع سنین مع رجل و امرأه ادعی الرجل أنها مملوکه له و ادعت المرأه أنها ابنتها، فقال: قد قضی علی (علیه السلام) قلت: و ما قضی فی هذا؟ قال:

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم- الحدیث ۹.

كان يقول: الناس كلهم أحرار إلا من أقر على نفسه بالرق و هو مدرك، و من أقام بينه على من ادعى من عبد أو أمه فإنه يدفع إليه و يكون رقا، قلت: فما ترى أنت؟ قال: أرى أن يسأل الذى ادعى أنها مملوكه له بينه على ما ادعى، فإن أحضر شهودا يشهدون أنها مملوكه لا يعلمون أنه باع و لا وهب دفعت الجاريه إليه حتى تقيم المرأه من يشهد لها أن الجاريه ابنتها حره مثلها فلتدفع إليها و تخرج من يد الرجل، فقلت: فان لم يقم الرجل شهودا أنها مملوكه له، قال: تخرج من يده، فإن أقامت المرأه البينه على أنها ابنتها دفعت إليها، و إن لم يقم الرجل البينه على ما ادعى و لم تقم المرأه البينه على ما ادعت خلى سبيل الجاريه، تذهب حيث شاءت»

فإنه ظاهر أو صريح بما ذكرنا.

و لعله لذا كان المحكى عن المبسوط توقف ثبوت رقيه المميز على البينه كما عن الشافعيه فى وجه، إلا أن المعروف بين أصحابنا ما سمعت و إن كان الخبر المزبور منافيا له، و ليس دعوى المرأه البينه مغيرا لموضوع المسأله، ضروره عدم يد للمرأه، على أن قوله (عليه السلام) أخيرا:

«تخرج من يده» مشعر بكون الجاريه فى يده، على أن دليلهم المزبور مقتض للحكم بالرقيه و إن لم يكن فى يده، مع أن اليد مقتضاها الملك فى معلوم الماليه لا أنها تنقح المشكوك فى ماليته أنه مال.

بل المراد باليد فى المتن و غيره الاستيلاء العرفى نحو استيلاء الوالد على ولده لا اليد بمعنى التصرف الملكى، فإن ذلك هو معنى دعوى المسلم الماليه و لا معارض له، فمتى حصل المعارض كان على حجته التى هى هنا ما عرفت من كون الناس على الحريه.

و من هنا صرح بعضهم بعدم الفرق فى الحكم المزبور بين الصغير و المجنون الكبير، بل و العاقل الساكت الذى لم يقر و لم ينكر و إن أشعرت

بعض العبارات بنوع تأمل فی الأول.

بل فی الإرشاد التصریح بالإشکال فی الأخیر، لأصاله الحریه فی الآدمی، و عدم دعواها لا یخرجها عن کونها أصلا، و سکوته أعم من التصدیق، إلا أن ذلک إن تم اقتضی عدم الحکم بالرقیه فی الصغیر، و یؤیده الخبر المزبور، لکن عرفت إجماعهم علی الظاهر علی الحکم برقیته.

و من هنا قال فی غایه المراد: الصحیح الحکم برقیه الکبیر الساکت، و هو قضیه کلام الأصحاب، و صرح به المصنف فی بعض کتبه، و الأصل یخرجه عن کونه أصلا ما ینافیه، و هو هنا موجود، أی تصرف المسلم و دعواه الملکیه، بل مقتضی ذلک الحکم برقیه الصغیر المعلوم نسبه إذا کان ممکن الملکیه، ضروره عدم الفرق فی الدلیل المزبور بین الجمیع، و إنما قید الأصحاب بجهل النسب لإراده إخراج معلومه المقتضی للعلم بالحریه لا مطلقا، هذا کله فی الصغیر.

أما لو کان کبیرا و أنکر الرقیه علی مدعیها علیه ف لا ریب و لا خلاف فی أن القول قوله، لأن الأصل الحریه نعم لا تسمع دعوی التحریر إلا ببینته، و هو غیر دعوی الحریه، و علی ذلک یحمل ما فی بعض النصوص(۱)الداله علی جواز شراء المملوک من سوق المسلمین مع دعواه الحریه.

و کذا لو ادعی اثنان رقیته فاعترف لهما قضی علیه، و إن اعترف لأحدهما کان مملوکا له دون الآخر

لعموم إقرار العقلاء(۲)

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب بیع الحیوان من کتاب التجاره.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من کتاب الإقرار- الحدیث ۲ و المستدرک- الباب- ۲- منه الحدیث ۱.

و لخصوص خبر حمران(۱)المتقـدم المعتضـد بعـدم خلاف أجده فی الحکم بذلک هنا، بل و لا عثرت علی من حکاه، نعم عن العامه قول بعدم قبول إقراره مطلقا، و آخر بالقبول فیما یضـر به نفسه لا فیما یضر غیره، و حکی عن الشیخ فی مسأله دعوی العبد العتق و الآخر الشـراء فی إنکار کون العبـد ذا ید علی نفسه أنه قال: «لأنه لو کان ذا ید لقبل إقراره بالملکیه لأحد المتنازعین فیه» و مقتضاه المفروغیه من عدم قبول إقراره، إلا أنه کما تری لا دلیل علیه، بل ظاهر الأدله خلافه.

و فی کشف اللثام «و إذا أقاما بینتین متعارضتین فصـدق أحـدهما خاصه لم تترجـح به بینته، لأنه لا ید له علی نفسه، فإنه إن کان حرا فلا یـد له، و إن کان مملوکا فلا ید علیه إلا لمالکه» و فیه أنه مناف لقبول إقراره بالرقیه مع عدم البینه الذی اعترف به سابقا، بل ظاهره الإجماع علیه، فتأمل.

[المسأله الرابعه لو ادعی کل منهما أن الذبیحه له و فی ید کل واحد بعضها]

المسأله الرابعه:

لو ادعی کل منهما أن الذبیحه له و فی ید کل واحد بعضها منفصلا عن الآخر و أقام کل منهما بینه قیل: قضی لکل منهما بما فی ید الآخر، و هو الألیق بمذهبنا الذی هو تقدیم بینه الخارج علی الداخل، أما علی القول بتقدیم بینه ذی الید

فیقضـی لکل منهما بما فی یـده، کما أنه یقضـی بالإشاعه بینهما لو فرض اتصال البعض الـذی فی یـد أحدهما بالآخر کما عرفته سابقا.

و کذا الکلام فیما لو کان فی ید کل واحد شاه و ادعی

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۹.

كل منهما الجميع و أقاما بينه قضى لكل منهما بما فى يد الآخر إذ لا فرق بينهما و بين بعضى الذبيحه المنفصلين، كما هو واضح.

و مما يتفرع على ذلك أنه لو كان المتخاصمان فى بعضى الذبيحه المنفصلين كافرا و مسلما حكم بكون ما يقضى به للكافر ميته و للمسلم مذكى و إن كان كل واحد من الجزءين انتزعه من الآخر، عملا بظاهر اليد المعتبره شرعا، و لا يقدح فى ذلك اليد السابقه، بل لعل الحكم كذلك فى الجزءين المتصلين، ضروره اتحاد المدرك فيهما، كما تقدم الكلام فى ذلك فى قسم العبادات(۱)فلاحظ.

[المسأله الخامسه لو ادعى زيد شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها]

المسأله الخامسه:

لو ادعى زيد شاه فى يد عمرو و أقام بينه فتسلمها ثم أقام عمرو الذى كانت فى يده بينه أنها له بالملك السابق الذى انتزعه منه زيد قال الشيخ: ينقض الحكم و تعاد الشاه إلى عمرو و هو بناء على القضاء لصاحب اليد فإنه قد كان عمرا و الأولى أنه لا ينقض حتى لو قدمنا بينه ذى اليد، إلا أنه خرجت من يده بحكم الحاكم و لو لعدم حضور بينته التى كانت نافعه له لو أقامها حال إقامه زيد بينته لا بعد انقطاع الخصومه و حكومه الحاكم المبنيه على الدوام للأصل المؤيد بالحكمه و ظاهر الأدله، بل لو قلنا بكونه الآن خارجا لم تسمع بينته أيضا بعد أن علم أن شهادتها بالملكيه السابقه التى كانت مقتضى اليد، لما عرفته من انقطاع الخصومه فيها، فلا تسمع حينئذ دعوى تتعلق بها على وجه لا توجب يمينا فضلا عن قبول بينه بها، نعم لو أقامها

۱- ۱ راجع ج ۸ ص ۵۵.

على انتقال جديد ممن انتزعها سمعت بلا خلاف و لا إشكال، بل لا يبعد القول بسماعها مع الإطلاق المحتمل لذلك، لعموم

قوله (صلى الله عليه و آله)(۱): «البينه»

و ما دل على قبول شهاده العدل(۲)و غير ذلك.

و مما ذكرنا يعلم النظر في ما في المسالك من وجوه، فلاحظ و تأمل.

[المسأله السادسه لو ادعى دارا في يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها]

المسأله السادسه:

لو ادعى دارا في يد زيد بأجمعها و ادعى عمرو نصفها و لم يصدق زيد أحدهما و أقاما معا البينه و تساوتا عددا و عداله قضى لمدعي الكل بالنصف المشاع لعدم المزاحم له فيه و تعارضت البينتان في النصف الآخر، فيقرع بينهما و يقضى لمن يخرج اسمه مع يمينه فان امتنع حلف الآخر و لو امتنعا معا من اليمين قضى بينهما في النصف بالسويه فيكون لمدعي الكل ثلاثه أرباع النصف الذي لا معارض له فيه، و ربع من النصف الآخر و لمدعي النصف الربع (۱۱) كما هو واضح. و قد سمعت الكلام فيه مفصلا(۳)ضروره كونه فردا من مسأله تداعي العين الخارجه عن أيديهما التي قد عرفت الحال فيها.

نعم يحكى عن ابن الجنيد هنا أنه بعد أن فرض المسأله في ما لو كانت العين في أيديهما- و هي التي أشار إليها المصنف بقوله و لو كانت

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم.

۲- ۲ سوره الطلاق: ۶۵- الآيه ۲ و الوسائل- الباب- ۱- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۶ و الباب- ۷- منه- الحديث ۴.

۳- ۳ راجع ص ۴۰۷- ۴۰۸.

یدهما على الدار و ادعى أحدهما الكل و الآخر النصف و أقام كل منهما بينه بذلك كانت لمدعى الكل، و لم يكن لمدعى النصف شي ء و ذلك لما عرفت من أن نصفا منها لا نزاع لهما فيه، و هو الذى فى يد مدعى الكل، فلم يبق إلا النصف

الذى فى يد الخصم، و قد قلنا بتقديم بينه الخارج لأن بينه ذى اليد بما فى يده غير مقبوله نعم لو لم تكن بينه كان القول قوله بيمينه و لا يمين له على مدعى الكل، و حينئذ تكون الدار بينهما نصفين- قال: «يقتسمان الدار مع البينه و عدمها على طريق العول، فيجعل لمدعى الكل الثلثان و لمدعى النصف الثلث، لأن المنازعه وقعت فى أجزاء غير معينه و لا مشار إليها، بل كل واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى كل منهما باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكروه من خلوص النصف لمدعى الكل بغير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه و مدعى الكل كله، و نسبه إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحد لمدعى النصف و اثنان لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت».

و فى المختلف «و هو الأقوى عندى لو زاد المدعون على اثنين» و فى كشف اللثام «يعنى و استوعب دعاوى غير مدعى الجميع العين أو زادت عليها، كما إذا ادعى أحد الثلاثه الجميع و آخر منهم الثلثين و آخر الثلث أو النصف، فإنه حينئذ لا يبقى فى العين جزء لا نزاع فيه بخلاف ما إذا ادعى أحدهم الجميع، و كل من الآخرين الثلث».

قلت: يمكن أن يكون مبنى كلام ابن الجنيد على دعوى ظهور نصوص التنصيف(۱)بعد الإقراع و عدم اليمين منهما فى العول، ضروره

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب كيفيه الحكم- الحديث ۲ و ۳ و ۴ و الباب- ۹- من كتاب الصلح و لكن ليس فى شی ء من هذه النصوص ذكر عن القرعه.

أن بينه كـل منهمـا تقتضـى الكـل و همـا متعـذران فيحصل النقصان عليهما. و من هنا اتجه التعـديه إلى التثليث لو كانوا ثلاثه، و التربيع لو كـانوا أربعه و هكـذا، و ليس إلا لما ذكرنا. و منه مفروض المسأله التى لا يمكن الجمع فيها بين بينه النصف مثلا و بين بينه الكـل، فنقول فى النصف كما عالت فى الأول، فيوزع عليهما أثلاثا، لأن نسـبه الكل إلى النصف كـذلك، فالعول عنـده نحو العول فى الفرائض لو لا نصوص أهل العصـمه (عليهم السلام) لقضاء كل بينه مثلا بمقتضاها نحو قوله: للزوج النصف و للأختين من الأب الثلثان و من الأم الثلث،

لا مثل العول فى تزاحم الديون على التركه الذى مرجعه عند التأمل أيضا إلى ذلك.

لكن فيه أن محل النصوص حيث لا يسلم جزء من العين لا نزاع فيه، أما فى المفروض فلا دلاله فيها عليه، بل لعل ظاهر

مرسل ابن المغيره(۱)عن الصادق (عليه السلام) «فى رجلين كان بينهما درهمان فقال أحدهما:

الـدرهمان لى، و قال الآخر: هما بينى و بينك، فقال أبو عبـد الله (عليه السـلام): أما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شى ء و أنه لصاحبه، و أما الآخر فبينهما»

خلاف ذلك.

و كذا مرسل ابن أبى حمزه(۲)عنه (عليه السلام) أيضا.

و لكن الانصـاف مع ذلـك عـدم خلو كلام ابن الجنيـد من قوه مع تزاحم الأمارات الشـرعيه، و لم يكن شـى ء متسالم عليه فيما بينهم أنه لأحدهم، و لعله لذلك أو لما يقرب منه سمعت الميل إليه فى المختلف فى ما فرضه، فلاحظ و تأمل.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۹- من كتاب الصلح الحديث ۱.

۲- ۲ أشار إليه فى الوسائل الباب- ۹- من كتاب الصلح- الحديث ۲ و ذكره فى التهذيب ج ۶ ص ۲۹۲ الرقم ۸۰۹.

و لو ادعى أحدهم النصف و الآخر الثلث و الثالث السدس و كانت يدهم عليها فلا نزاع حتى على مذهب الإسكافى، لأن سهام المدعين لا تزيد على أجزاء العين، من غير فرق بين إقامه البينه و عدمها ف ان يد كل واحد منهم على الثلث بناء على ما عرفت من أن اشتراك الأيدى على الدار يقتضى كون كل يد على مقدارها لكن صاحب الثلث فى الفرض لا يدعى زياده على ما فى يده الذى اقتضته و صاحب السدس يفضل فى يده ما لا يدعيه هو و لا مدعى الثلث و هو السدس فيكون لمدعى النصف فيكمل له النصف ضروره نقصان الثلث عن النصف بسدس و الفرض صيرورته له.

و لا فرق فى ذلك بين إقامتهم البينه و عدمها كما أشار إليه بقوله:

و كذا لو قامت لكل منهم بينه بدعواه و كأن المصنف نبه على حكمها لمكان خلاف بعض العامه فيها حيث جعل مع إقامتهم البينه لمدعى النصف ثلثا و نصف سدس بناء على أن السدس الزائد على ما فى يده لا يدعيه على مدعى السدس خاصه، بل إنما يدعيه شائعا فى بقيه الدار و هى فى يد الآخرين جميعا، فنصفه على مدعى الثلث و عارضت فيه بينته و ترجحت باليد على تقدير إقامتهما البينه، و قدم قول ذى اليد على تقدير عدمها و نصفه على مدعى السدس، فيحكم به لمدعى النصف ببينته، لأن بينه مدعى السدس لا تعارضها، فيجعل لمدعى النصف ثلث و نصف سدس، و للآخرين مدعاهما، و يبقى بيد مدعى السدس نصف سدس لا يدعيه أحد.

و لا يخفى عليك ضعف القول المزبور المبنى على تقديم بينه الداخل، ضروره تعلق الدعوى بالدار و لا تعارض فيها كما عرفت، و لو قدمنا بينه الخارج أخذ منه نصف السدس و قد كمل له نصفه، كما أن مدعى السدس كذلك، بل فى يده زياده نصف سدس هو مقدار ما نقص من

سهم مدعى الثلث فيتجه أخذه له ببينته تتمه لسهمه، و عن بعض آخر من العامه أنه إذا جحد بعضهم بعضا كانت بينهم أثلاثا، و هو أوضح فسادا من الأول لاقتضائه الحكم بالثلث لمن يدعى أن له السدس، فتأمل.

و لو ادعى أحدهم الكل و الآخر النصف و الثالث الثلث و كانت يدهم أجمع عليها و لا بينه قضى لكل واحد بالثلث، لأن يده عليه، و على الثانى و الثالث اليمين لمدعى الكل الشامل لما فى أيديهما و عليه و على مدعى الثلث اليمين لمدعى النصف إن لم يعترف لذى الثلث، و ليس لمدعى الثلث يمينا عليهما، لأنه لا يدعى زائدا على ما فى يده بخلاف مدعى النصف، فإنه يدعى سدسا عليهما، و مدعى الكل فإنه يدعى جميع ما بأيديهما.

و إن أقام أحدهم بينه فان كان المستوعب أخذها منهم ثلث منها بيده مع يمينه أو عدمه إن قلنا بكفايه البينه عنه و الباقى ببينته، و إن أقامها مدعى النصف خاصه أخذه بإضافه سدس يأخذه منهما بالبينه إلى ما فى يده بغير يمين أيضا بناء على نيابتها عنه للداخل- و فى كشف اللثام مازجا عباره القواعد «أخذ النصف مما فى يد الآخرين أو بإضافه نصفى سدس يأخذهما من الباقين إلى ما فى يده» انتهى- و النصف الباقى بين الآخرين نصفان لكل منهما سدس و نصف سدس، لكن للمستوعب منهما السدس بغير يمين، لعدم المنازع له فيه، و يحلف على نصف السدس للثالث، فإنه يدعيه الآن عليه، كما أنه هو يحلف للمستوعب على جميع الربع الذى أخذه، و هو السدس و نصف، و إن أقامها مدعى الثلث أخذ ما فى يده من غير يمين إن قلنا بكفايه البينه عنه- و فى كشف اللثام «أخذه أى الثلث الذى بيده أو الذى بأيدى الباقين» انتهى- و الباقى بين الآخرين للمستوعب منهما السدس منه بغير يمين، لعدم المنازع له فيه،

و يحلف على السدس الآخر الذى يدعيه الآن مدعى النصف عليه، كما أن مدعى النصف يحلف على جميع ما يأخذه من السدسين للمستوعب الذى يدعيهما عليه.

و فى كشف اللثام بعد أن ذكر ما سمعت قال: «و كون الباقى بين الآخرين على هذين التقديرين مبنى على ما سيأتى من إسقاط بينه الداخل اليمين، و إلا فمن أقام بينه أخذ ما يدعيه مما فى أيدى الباقين و بقى ما فى يده و باقى ما فى أيديهما يتنازعان فيه، فما بأيديهما يقتسمانه كما ذكر، و ما فى يد ذى البينه خارج عن أيديهما، فيقرع و يحكم بكله أو بعضه لمن حلف منهما».

و قد يناقش فيه بأنه لا يتم ذلك فى المشاع، بل مناف لما تسمعه من إقامه كل منهم البينه المنزله على ما فى يده إلا ما زاد عليه، على أن البينه لا تزيد على إثبات المشاع الذى كانت تقتضيه اليد، و كأن الذى أحوجه إلى ذلك ذكرهم البينه هنا، و ظاهرهم عدم الاحتياج معها إلى يمين مع معروفيه تقديم بينه الخارج عندهم، كمعروفيه عدم الاكتفاء بها عن اليمين فى الداخل، و مع هذه المقدمات يقتضى تنزيل مفاد البينه على الخارج بالتقرير الذى ذكره.

إلا أن ذلك كله كما ترى، بل كلام الأصحاب الآتى فيما لو أقام كل منهم البينه كالصريح فى خلافه، فلا محيص عن حمل كلامهم هنا على تقدير تقديم بينه الداخل، أو على الاكتفاء بها عن اليمين، أو التزام اليمين على ما فى اليد فتأمل.

و إن أقام كل منهم بينه فان قضينا مع التعارض ببينه الداخل فالحكم كما لو لم تكن بينه، لأن لكل واحد بينه و يدا على الثلث ف تقسم الدار بينهم حينئذ أثلاثا و إن قضينا ببينه الخارج و هو الأصح

كما عرفت كان لمدعى الكل مما فى يده ثلاثه من اثنى عشر بغير منازع لأنه لا معارض له فيما فى يده إلا مدعى النصف بنصف سدس، و هو واحد من الأربعه التى هى الثلث الذى فى يده و كان له أيضا الأربعه التى فى يد مدعى النصف أى الثلث لقيام البينه له أى لصاحب الكل بها و سقوط بينه صاحب النصف بالنظر إليها، إذ الفرض أنه لا تقبل بينه ذى اليد على ما فى يده و كان له أيضا ثلاثه مما فى يد مدعى الثلث الذى بينته داخل بالنسبه إليه بخلاف بينه المستوعب و حينئذ يبقى واحد مما فى يد مدعى الكل المدعى النصف (۱۱) لأن بينته بالنسبه إليه بينه خارج، و لا تعارضها بينه المستوعب التى هى داخله بالنسبه إليه و واحد مما فى يد مدعى الثلث يدعيه كل واحد من مدعى النصف و مدعى الكل (۱۲) و هو خارج عنهما، ف يقرع بينهما (۱۳) بعد تساوى بينتهما و يحلف من يخرج اسمه و يقضى له (۱۴) فان امتنع احلف الآخر و قضى له فان امتنعا قسم بينهما نصفين (۱۵) كما عرفته فى العين التى تداعياها و هى خارجه عنهما. و حينئذ فيحصل (۱۶) من مجموع ما عرفت لصاحب الكل عشره و نصف، و لصاحب النصف واحد و نصف، و تسقط دعوى مدعى الثلث (۱۷) فان بينته داخله، فلا تعارض الخارجه.

و قد ظهر لک من ذلک كله أن لمدعى النصف من الاثنى عشر ثمن، و لمدعى الكل سبعه أثمان، فإذا أردت إخراج ذلك صحيحا فرضت النزاع فى أربعه و عشرين، فإن لمدعى الكل منها واحدا و عشرين، و لمدعى النصف ثلاثه.

هذا و فى القواعد جعل لمدعى النصف سدسا، و للمستوعب خمسه أسداس، و هو مبنى على أخذ السدس تاما من المستوعب. و فيه أنه

لا يدعيه تماما عليه، بل يدعى نصفه عليه و النصف الآخر على مدعى الثلث، كما عرفت، و الله العالم.

و لو كانت يدهم جميعا خارجه و اعترف ذو اليد بأنه لا يملكها و لا بينه فللمستوعب النصف، لعدم المنازع له فيه من كل من مدعى النصف و الثلث، و يقرع فى النصف الآخر، فان خرجت للمستوعب أو للثانى حلف و أخذ، و إن خرجت للثالث حلف و أخذ الثلث، ثم يقرع بين الآخرين فى السدس، فمن خرج حلف و أخذ.

و لو أقام أحدهم خاصه بينه فان كانت للمستوعب أخذ الجميع، و إن أقامها مدعى النصف أخذه، و يبقى للمستوعب السدس بغير منازع، و الثلث يتنازع فيه مع مدعيه، و الحكم فيه كما لو لم تكن بينه. و لو أقامها مدعى الثلث أخذه و للمستوعب السدس أيضا بغير منازع، و النصف يقرع فيه بين مدعيه و المستوعب.

و إن أقام كل منهم بينه و تساوت فالنصف للمستوعب، لعدم المنازع، و السدس الزائد على الثلث يتنازعه المستوعب و مدعى النصف، و قد تعارضت فيه بينتاهما، و الثلث يدعيه الثلاثه و قد تعارضت فيه البينات الثلاثه، فيقرع بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه، فمن خرج اسمه حلف و أخذ، فإن نكلوا اقتسموا المتنازع فيه، فيقسم المستوعب و مدعى النصف السدس بينهما نصفين لأنهما المتنازعان فيه دون مدعى الثلث، و أما الثلث فيقتسمونه أثلاثا بينهم، فيكون للمستوعب النصف بلا منازع و نصف السدس و ثلث الثلث، و لمدعى النصف ثلث الثلث و نصف السدس، و لمدعى الثلث ثلث الثلث خاصه و هو التسع، و تصح فى سته و ثلاثين، للمستوعب خمسه و عشرون، ثمانيه عشر بلا نزاع و ثلاثه نصف السدس الزائد و أربعه ثلث الثلث، و لمدعى النصف سبعه، ثلاثه نصف السدس و أربعه ثلث

الثلث، و لمدعى الثلث أربعه، ثلث الثلث، هذا كله على المشهور.

و أما على العول فتصح فى أحد عشر، للمستوعب سته، و لمدعى النصف ثلاثه، و لمدعى الثلث اثنان، لأن فريضتهم من سته، و يعال عليها نصفها و ثلثها، و الله العالم.

و لو كانت فى يد أربعه فادعى أحدهم الكل و الآخر الثلثين و الثالث النصف و الرابع الثلث ففى يد كل واحد ربعها بناء على ما عرفته من اقتضاء اليد ذلك فان لم تكن بينه قضينا لكل واحد منهم بما فى يده و أحلفنا كلا منهم لصاحبه لأنه لم يخلص لأحد منهم، و لو كانت يدهم خارجه فان أقام أحدهم بينه حكم له.

و إن كان لكل منهم بينه خلص لصاحب الكل الثلث، إذ لا مزاحم له فيه من كل واحد من الثلاثه مع تداخل الدعاوى بعضها فى بعض و إراده القضاء فيها أجمع، لا أن له ذلك على كل حال حتى لو أراد رفع اليد عن الدعوى أو كانت الدعاوى مترتبه و كان القضاء بين كل واحد مع الأخرى مستقلا إلا مع إقرار المدعى بالثلث مثلا أن له ذلك فى النصف المدعى به مثلا.

و حينئذ مع التداخل المزبور و إراده القضاء فى الجميع يبقى التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين فى السدس الزائد على النصف، إذ لا ينازعهما فيه أحد من الباقين فيقرع بينهما فيه بعد تساوى البينتين عداله و عددا، فمن خرج اسمه حلف و أخذه، و إلا حلف الآخر، فان امتنعا قسم بينهما نصفين.

ثم يقع التعارض بين بينه مدعى الكل و مدعى الثلثين و مدعى الصنف فى السدس أيضا (۱۱) و هو الزائد على الثلث لا ينازعهم فيه الرابع فيقرع بينهم فيه (۱۲) على الوجه السابق ثم يقع التعارض بين الأربعه

فی الثلث الباقی فیقرع بینهم فیه أیضا و یختص به من تقع القرعه له بعد یمینه و قد عرفت غیر مره أنه لا یقضی فی نحو الفرض لمن یخرج اسمه بها إلا مع الیمین.

و لا یستعظم أن یحصل بالقرعه الکل لمدعی الکل بخروج القرعه له فی المراتب کلها فان ما حکم الله تعالی به غیر مخطئ فلا قسمه بتعارض البینات من غیر قرعه کما ذهب إلیه بعضهم للاستبعاد المزبور.

و لو نکل الجمیع عن الأیمان قسمنا ما یقع التدافع فیه بین المتنازعین فی کل مرتبه بالسویه و حینئذ فتصح القسمه من سته و ثلاثین سهما لأنها أقل عدد لسدسه نصف و ثلث.

لمدعی الکل عشرون (۱۱) منها، اثنا عشر بلا نزاع، و ثلاثه نصف السدس الذی تنازع فیه مع مدعی الثلثین، و اثنان ثلث السدس الذی تنازع فیه معه أیضا و مع مدعی النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذی یتنازع فیه مع الجمیع.

و لمدعی الثلثین ثمانیه (۱۲) ثلاثه نصف السدس الذی تنازع فیه مع مدعی الکل، و اثنان ثلث السدس الذی تنازع فیه معه أیضا و مع مدعی النصف، و ثلاثه ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

و لمدعی النصف خمسه (۱۳) اثنان ثلث السدس الذی تنازع فیه مع مدعی الجمیع و مدعی الثلثین، و ثلاثه ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

و لمدعی الثلث ثلاثه (۱۴) ربع الثلث الذی تنازع فیه مع الجمیع.

و حینئذ یکون الإقراع فی مواضع ثلاثه، أو یقال: قد لا یحتاج إلی ذلک، بل یأخذ المستوعب الثلث بلا مزاحم، ثم یتقارع الجمیع فی الباقی، فإن خرج المستوعب أو الثانی أخذه، فان کلا منهما یدعی کله، و إن خرج الثالث أخذ منه النصف و أقرع بین الثلاثه الباقین فی الباقی و هو

السدس، فمن خرج أخذه، و إن خرج الرابع أخذ الثلث و أقرع بين الثلاثه الباقين فى الثلث الباقى، هذا كله مع خروج المدعى به عن أيديهم.

و لو كان المدعى به فى يد الأربعه ف قد عرفت أن فى يد كل واحد ربعها، فإذا أقام كل واحد منهم بينه بدعواه قال الشيخ: يقضى لكل واحد بالربع، لأن له بينه و يدا بناء منه على تقديم بينه الداخل.

و الوجه القضاء ببينه الخارج على ما قررناه و حينئذ فيسقط اعتبار بينه كل واحد بالنظر إلى ما فى يده و يكون ثمرتها فى ما يدعيه مما فى يد غيره، فيجمع بين كل ثلاثه منهم على ما فى يد الرابع و ينتزعه لهم، و يقضى فيه بالقرعه و اليمين، و مع الامتناع بالقسمه على حسب ما تقدم فيجمع بين مدعى الكل و النصف و الثلث على ما فى يد مدعى الثلثين و ذلك ربع اثنين و سبعين لأنا نريد عددا لربعه ثلث و تسع و لتسع ربعه نصف و هى كذلك و هو أى ربعها ثمانيه عشر، فمدعى الكل يدعيها أجمع و مدعى النصف يدعى منها سته لأن دعواه سته و ثلاثين و بيده منها ثمانيه عشر، و الباقى له ثمانيه عشر على الثلاثه فى كل ربع سته و مدعى الثلث يدعى منها اثنين (۱۱) تسعها، لأن دعواه الثلث أربع و عشرون، بيده منها ثمانيه عشر، فالباقى له سته على ربع كل واحد من الثلاثه اثنان.

و حينئذ فنكون عشره منها لمدعى الكل (۱۲) بلا نزاع لقيام البينه بالجميع الذى تدخل فيه العشره (۱۳) التى قد عرفت عدم منازعه الآخرين له فيها و يبقى ما يدعيه صاحب النصف- و هو سته- يقرع بينه و بين مدعى الكل فيها و يحلف (۱۴) من يخرج اسمه و إلا حلف الآخر و مع الامتناع يقسم بينهما (۱۵) نصفين على حسب ما عرفته فى غيرها

و یبقى مـا یـدعیه صـاحب الثلث و هو اثنان یقرع علیه بین مـدعى الکل و بینه، فمن خرج اسـمه أحلف و أعطى و لو امتنعا قسـم بینهما نصفین على حسب ما عرفته مکررا.

ثم یجمع دعوى الثلاثه على ما فی یـد مدعى النصف و هو ثمانیه عشـر أیضا فصاحب الثلثین یدعى علیه عشـره لأن دعواه الثلثین ثمانیه و أربعین و بیـده ثمانیه عشـر منها، فالباقى له ثلاثون على کل منهم عشـره، و هى خمسه أتساع ثمانیه عشـر و مدعى الثلث یـدعى منها اثنین کما عرفته و حینئـذ یبقى فى یـده منها سـته لا یـدعیها إلا مدعى الجمیع، فتکون له لقیام البینه على الجمیع التى تدخل فیه و یقارع الأخیرین فى العشره و الاثنین ثم یحلف (۱۱) من یخرج اسمه و إن امتنعوا أخذ (۱۲) من کل منهما نصف ما ادعیاه (۱۳) و هو خمسه من العشره و واحد من الاثنین.

ثم یجتمع الثلاـثه على مـا فى یـد مـدعى الثلث و هو (۱۴) أیضا ثمانیه عشـر فمـدعى الثلثین یدعى منه عشـره (۱۵) لمـا عرفت و مدعى النصف یدعى سته (۱۶) لما عرفت أیضا یبقى (۱۷) منه اثنان لمدعى الکل (۱۸) بلا منازع و یقارع على ما أفرد للآخرین فان امتنعوا عن الأیمان قسم ذلک بین مدعى الکل و بین کل واحد منهما بما ادعاه (۱۹) على حسب ما عرفت.

ثم تجتمع الثلاـثه على ما فى یـد مـدعى الکل (۲۰) و هو أیضا ثمانیه عشـر فمـدعى الثلثین یدعى عشـره (۲۱) منهـا لما عرفت و مدعى النصف یدعى (۲۲) منها سته، و مدعى الثلث یدعى اثنین، فتخلص یده عما کان فیها (۲۳) لأن ذلک تمام ثمانیه عشر، و إذا تم ذلک فیکمل لمدعى الکل سته و ثلاثون من أصل اثنین و سبعین (۲۴) أربعه عشر مما فى

یـد الثانی، و اثنا عشر مما فی یـد الثالث، و عشره مما فی ید الرابع و لمدعی الثلثین عشرون خمسه مما فی ید الثالث، و خمسه أخری مما فی ید الرابع، و عشره مما فی ید المستوعب و لمدعی النصف اثنا عشر ثلاثه مما فی ید الثانی. و ثلاثه أخری مما فی ید الرابع، و سته مما فی ید المستوعب و لمدعی الثلث أربعه اثنان مما فی ید المستوعب، و اثنان مما فی ید الباقین هذا إن امتنع صاحب القرعه عن الیمین و منازعه و إلا کان الحاصل غیر ذلک کما هو ظاهر.

کظهور الحکم لو أقام أحدهم بینه خاصه، بل و ظهور غیر ذلک مما تقدم نظیره فی المسائل السابقه، فتدبر.

[المسأله السابعه إذا تداعی الزوجان متاع البیت قضی لمن قامت له البینه]

المسأله السابعه:

إذا تداعی الزوجان متاع البیت الذی فی یدهما کلا أو بعضا قضی به لمن قامت له البینه منهما مطلقا بلا خلاف کما فی الریاض.

و إن لم تکن بینه فیـد کل واحـد منهما علی نصـفه، قال فی المبسوط و تبعه العلامه فی القواعـد و ولده فی المحکی من شـرحه یحلف کـل منهمـا لصـاحبه کغیر المتاع مما یتـداعی فیه اثنان مثلا و کان فی أیـدیهما سواء کان مما یختص بالرجال کالعمائم و الطیالسه و السـلاح و الـدرع و نحوها أو النساء (۱۱) کـالحلی و المقانع و نحوها أو یصـلح لهما (۱۲) کـالفرش و الأوانی و سواء کانت الـدار لهما أو لأحدهما (۱۳) أو لغیرهمـا و سواء کـانت الزوجیه باقیه أو زائله (۱۴) بطلاـق و نحوه، بل فی کشف اللثام و سواء کانت یدهما علیه مشاهده کعمامه أو خلخال

لبساه (یلبسانه خ ل) أو حکما و هو الکون فی بیت یسکنانه، و سواء جرت العاده بجهاز مثلها بقدره أم لا، کل ذلک للعمومات التی منها

«البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه»(۱).

و یستوی فی ذلک تنازع الزوجین و الوارث أو أحدهما مع الآخر، لأعمیه الدلیل المزبور من ذلک کله، خلافا للمحکی عن أبی حنیفه من أنه إن تنازع أحدهما و ورثه الآخر فالقول قول الباقی منهما، و أنه إن کان فی یدهما حکما فما یصلح للرجال أو لهما فالقول قوله، و إلا فقولها و عن أبی یوسف إن جرت العاده فی جهاز مثلها بقدره فالقول قولها.

و قال الشیخ فی الخلاف و محکی النهایه ما یصلح للرجال للرجل، و ما یصلح للنساء للمرأه، و ما یصلح لهما یقسم بینهما بعد التحالف أو النکول، و قد سبقه إلی ذلک الإسکافی و لحقه ابنا حمزه و إدریس و الکیدری و القاضی فی ظاهره- و إن خصه بحال الطلاق- و یحیی بن سعید و الفاضلان فی النافع و التحریر و التلخیص و أبو العباس فی المهذب و الشهید فی الدروس و غیرهم علی ما حکی عن بعضهم.

بل فی المسالک نسبته إلی الأکثر، بل عن نکت النهایه للمصنف نسبته إلی المشهور، بل عن الخلاف و السرائر الإجماع علیه، و هو الحجه بعد

صحیح النخاس(۲)عن الصادق (علیه السلام) «إذا طلق الرجل امرأته و فی بیتها متاع فلها ما یکون للنساء، و ما یکون للرجال و النساء یقسم بینهما، قال: و إذا طلق الرجل المرأه فادعت أن المتاع لها و ادعی الرجل أن المتاع له کان له ما للرجال و لها ما للنساء».

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج- الحدیث ۴ من کتاب الفرائض.

و الموثق(۱)«فی امرأه تموت قبل الرجل أو رجل یموت قبل المرأه قال: ما کان من متاع النساء فهو للمرأه، و ما کان من متاع الرجال و النساء فهو بینهما، و من استولی علی شی ء منه فهو له».

و خبر زرعه عن سماعه(۲)«سأله عن الرجل یموت ما له من متاع البیت؟ قال: السیف و السلاح و ثیاب جلده»

و قصور الدلاله عن إفاده تمام المدعی صریحا- کما ذکره جماعه- غیر ضائر بعد اعترافهم بالظهور.

هذا و فی روایه مرویه بعده طرق فیها الصحیح و الموثق أنه للمرأه، لأنها تأتی بالمتاع من بیت أهلها و أفتی بها الشیخ أیضا فی المحکی من استبصاره.

قال عبد الرحمن بن الحجاج فی الصحیح(۳)«سألنی أبو عبد الله (علیه السلام) کیف قضاء ابن أبی لیلی؟ قلت: قد قضی فی مسأله واحده بأربعه وجوه فی التی یتوفی عنها زوجها فیجی ء أهله و أهلها فی متاع البیت، فقضی فیه بقول إبراهیم النخعی: ما کان من متاع الرجل فللرجل، و ما کان من متاع النساء فللمرأه، و ما کان من متاع یکون للرجل و المرأه قسمه بینهما نصفین، ثم ترک هذا القول، فقال: المرأه بمنزله الضیف فی منزل الرجل، لو أن رجلا أضاف رجلا فادعی متاع بیته کلف البینه، و کذلک المرأه تکلف البینه، و إلا فالمتاع للرجل، و رجع إلی قول آخر، فقال: القضاء أن المتاع للمرأه إلا أن یقیم الرجل البینه علی ما أحدث فی بیته، ثم ترک هذا القول، و رجع إلی قول إبراهیم الأول،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج- الحدیث ۳- ۲ من کتاب الفرائض.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج- الحدیث ۳- ۲ من کتاب الفرائض.

۳- ۳ أشار إلیه فی الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج الحدیث ۱ و ذکره فی التهذیب ج ۶ ص ۲۹۷ الرقم ۸۲۹.

فقال أبو عبد الله (علیه السلام): القضاء الأخير و إن كان رجع عنه، المتاع متاع المرأه إلا أن يقيم الرجل البينه، قد علم من بين لابتيها- يعنى بين جبلى منى، لأنه قاله و نحن يومئذ بمنى- إن المرأه تزف إلى بيت زوجها بمتاع».

و فى

خبر آخر له(۱) أيضا حكى للصادق (عليه السلام) فيه اختلاف ابن أبى ليلى فى هذه المسأله و قضاءه فيها أربع قضيات أولها كما فى الخلاف و ثانيها كما سمعته من المبسوط ثم قال: «ثم قضى بعد ذلك بقضاء لولا أنى شهدته لم أرده عليه، ماتت امرأه منا و لها زوج و تركت متاعا فرفعته إليه، فقال: اكتبوا لى المتاع فلما قرأه قال: هذا يكون للمرأه و الرجل فقد جعلته للمرأه إلا الميزان فإنه من

متاع الرجل، ثم سألته ما تقول فيه؟ فقال: القول الذى أخبرتنى أنك شهدته منه قال:

يكون المتاع للمرأه، فقال (عليه السلام): لو سألت من بينهما يعنى الجبلين- و نحن يومئذ بمكه- لأخبروك أن الجهاز و المتاع يهدى علانيه من بيت المرأه إلى بيت الرجل، فتعطى الذى جاءت به، و هو المدعى، فان زعم أنه أحدث فيه شيئا فليأت بالبينه».

و كيف كان ف ما ذكره فى الخلاف أشهر فى الروايات و أظهر بين الأصحاب بل عن المبسوط أيضا نسبته إلى روايات الأصحاب، بل لعل ما فى المختلف راجع إليه- و إن جعله فى المسالك قولا رابعا و اختاره ناسبا له إليه و إلى الشهيد فى الشرح و جماعه من المتأخرين.

قال: «و المعتمد أن نقول: إنه إن كان هناك قضاء عرفى يرجع إليه و يحكم به بعد اليمين، و إلا كان الحكم فيه كما فى غيره من الدعاوى- إلى أن قال-: لنا أن عاده الشرع فى باب الدعاوى بعد الاعتبار

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب ميراث الأزواج- الحديث ۱ من كتاب الفرائض.

و النظر راجعه إلى ما ذكرنا، و لهذا حكم بقول المنكر مع اليمين بناء على الأصل، و بأن المتشبث أولى من الخارج، لقضاء العاده بملكيه ما فى يد الإنسان غالبا، و حكم بإيجاب البينه على من يدعى خلاف الظاهر، و الرجوع إلى من يدعى الظاهر. و أما مع انتفاء العرف فلتصادم الدعويين مع عدم الترجيح لأحدهما فتساويا فيها- ثم قال أيضا-: و اعلم أن ما رواه الشيخ من الأحاديث يعطى ما فصلناه نحن أولا، و يدل عليه حكمه (عليه السلام) بأن العاده قاضيه بأن المرأه تأتى بالجهاز من بيتها، فحكم لها به، و أن العاده قاضيه بأن ما يصلح للرجال خاصه فإنه يكون من مقتضياته دون مقتضيات المرأه، و كذا ما يصلح للمرأه خاصه يكون من مقتضياتها دون مقتضيات الرجل، و المشترك يكون للمرأه قضاء لحق العاده الشائعه، و لو فرض خلاف هذه العاده فى وقت من الأوقات أو صقع من الأصقاع لم يحكم لها» ضروره أن مبناه أولا و آخرا الرجحان الناشئ من العاده و لو لكون الشى ء لا يصلح إلا لأحدهما، فإن العاده قاضيه بذلك، فمرجع كلام المشهور حينئذ إلى ذلك، خصوصا بعد تصريح ابن إدريس الذى قد عرفت دعواه الإجماع على ذلك فى ما حكى عنه بذلك.

قال بعد ذكر القول المزبور: «و تعضده الأدله، لأن ما يصلح للنساء الظاهر أنه لهن و كذلك ما يصلح للرجال، و أما ما يصلح للجميع فيداهما معا عليه، فيقسم بينهما، لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر، و لا يترجح أحدهما على الآخر».

و حينئذ فإطلاق بعض عبارات بعض القائلين منزل على ذلك، كما جزم بذلك فى الرياض تبعا للأردبيلى فى شرحه.

لكن فى التنقيح بعد أن اختار ما سمعته من المبسوط قال: «لتكافؤ الدعويين من غير ترجيح، و لأن الحكم بما يصلح له لو كان حقا لزم

الحکم بمال شخص معین لغیره، لکونه صالحا لذلک الغیر، و هو باطل، بیان اللزوم أنه جاز أن یموت للمرأه أب أو أخ فترث منه عما ثم و طیالسه و دروعا و سلاحا، و تموت للرجل أم أو أخت فیرث منها حلیا و مقانع و قمصا مطرزه بالذهب، و یکون ذلک تحت أیدیهما، فلو حکم لکل بما یصلح له لزم الحکم بمال الإنسان لغیره، لا یقال قال النبی (صلی الله علیه و آله): نحن نحکم بالظاهر و الله أعلم بالسرائر، و ما ذکرنا هو الظاهر، لأنا نقول: نمنع أن ذلک هو الظاهر، لأن الظاهر راجح غیر مانع من النقیض، و مع ما ذکرنا من الاحتمال لا رجحان، و أما ما ذکره العلامه من العرف فممنوع، لأنه لو کان قاعده شرعیه لزم الحکم بذلک فی غیر الزوجین لو حصل التداعی بین رجل و امرأه فی متاع هذا شأنه، و هو باطل».

و أطنب فی الریاض فی رده بأنه اجتهاد فی مقابله النص، و بأن الظاهر لا ینافیه الاحتمال، و بأن الأدله المزبوره کافیه فی حجیه مثل هذا الظاهر هنا و إن لم یتعد إلی غیره.

قلت: قد یقال: لا ظهور فی النصوص بل و لا الفتاوی علی وجه یخرج به عن القواعد المحکمه المقتضیه للحکم بالید المفروض اشتراکها علی ما لا یصلح إلا لأحدهما.

نعم لو کانت ید فعلیه لأحدهما و لو لعدم وقوع الاستعمال فی ما مضی من الزمان إلا من أحدهما زائده علی ید البیت المشترکه بینهما اتجه الحکم له به حتی لو کان من المختص بغیره، و کذا لو علم بأنه فی الأصل له و إن وضعه فی البیت المفروض اشتراکه فی الید لهما، فان الید البیتیه لا تصلح قاطعه لاستصحاب الملک، و لعل

قوله (علیه السلام) فی

صحیح ابن الحجاج(۱)السابق: «فتعطی الذی جاءت به من أهلها»

شاهد علی ذلک، ضروره أن الذی جاءت به جعلته فی البیت المشترک بینهما.

أما إذا لم یکن ذلک و کانت الید البیتیه لهما معا علیه و لا طریق إلی معرفه مالکه إلا یدهما علیه فالمتجه حینئذ الحکم به بینهما، و یمکن تنزیل النصوص علی ذلک، بل لعل

قوله (علیه السلام) فی آخر الموثق(۲): «و من استولی شیئا فهو له»

الذی هو کالاستدلال علی ما قدمه من الحکم مشعر أو ظاهر فی ذلک، کاشعار

قوله (علیه السلام)(۳): «ثیاب جلده»

و نحوه، بل لعل متاع النساء کذلک، فان المراد ما یتمتعن به و یستعملنه فعلا، و مجرد کونه لا یصلح إلا للنساء مثلا مع عدم العلم بإعداده للزوجه أو غیره لا ظهور فی اختصاصه بالنساء کما سمعته من المقداد، و ربما کان فی کلام ابن حمزه ظهور فی الجمله فی بعض ما قلناه، لأنه قال: «و إن کان فی ید أحدهما- أی شی ء من متاع البیت- کانت البینه علی الید الخارجه و الیمین علی المتشبثه».

و علی کل حال فإن أمکن تنزیل النصوص و الفتاوی علی ذلک بمعنی اختصاص کل منهما بما یصلح له مما کان فی یده و لو باختصاص استعماله له أو کان معلوم الأصل أنه له کانت المسأله حینئذ علی القواعد، و إلا فلا ریب فی أن المتجه المشهور، لکن فی خصوص المفروض الذی لم یکن لأحدهما ید زائده

علی الید البیتیه علیه، و لا علم کون أصله لأحدهما عملا بالنصوص المزبوره المعتضده بما سمعت.

و لا ینافیها النصوص(۴)الداله علی کون المتاع للمرأه مطلقا التی قد سمعتها بعد عدم العمل بها من أحد حتی الشیخ فی الاستبصار المحتمل

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج- الحدیث ۱ من کتاب الفرائض.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج- الحدیث ۳ من کتاب الفرائض.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج- الحدیث ۲ من کتاب الفرائض.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۸- من أبواب میراث الأزواج من کتاب الفرائض.

کون ما فیه جمعا بین الأخبار لا فتوی، علی أنها غیر صریحه، بل و لا ظاهره فی المخالفه، بل الأخیر منها ظاهر فی إراده المتاع الذی تأتی به من أهلها.

بل لعل التأمل فی النصوص یقتضی تنزیلها علی اعتیاد کان فی السابق أن المرأه تأتی بالمتاع التی یحتاجه البیت من فراش و رحی و أوانی و نحوها، بل هی کالصریحه فی عدم حکم خاص تعبدی بین الرجل و زوجته فی ذلک، أو تنزیلها علی إراده بیان فساد القول بکونها کالضیف، لأن کل أحد یعلم أنها حین تزف إلی زوجها تزف بمتاع، أو غیر ذلک، فلاحظ و تأمل حتی تعرف قصورها عن معارضه غیرها من وجوه، فضلا عن القواعد الشرعیه.

علی أنک قد سمعت ما ذکره الفاضل من دعوی دلاله هذه النصوص علی ما عرفته منه الذی قد نزل بعضهم کلام المشهور علیه و إن کان هو بعیدا جدا.

بل کلامه عند التأمل فی غایه البعد، إذ حاصله استفاده الحکم الشرعی من الحکم العادی، و هو واضح الفساد، ضروره عدم مدخلیه للعاده فی الأحکام الشرعیه، نعم قد یرجع إلی العرف فی موضوع الحکم الشرعی لا فیه نفسه، و دعوی دوران صدق المدعی و المدعی علیه علی العاده المزبوره حتی لو کان فی ید الآخر واضحه المنع، بل من المقطوع به عدم إرادته ذلک.

و بالجمله کلامه لا یرجع إلی حاصل ینطبق علی القواعد الشرعیه الموافقه لأصول الإمامیه، و إن مال إلیه جماعه ممن تأخر عنه.

بل من ذلک یعلم النظر فیما ذکره فی القواعد من أنه لو کان فی دکان عطار و تجار فاختلفا فی قماشه أی ما فیه من آلات حکم لکل بآله

صناعته مع يمينه، على أنه لا يوافق مختاره فيها فى مسأله المتاع، فتأمل جيدا.

و كيف كـان ف لو ادعى أبو الميته أنه أعارهـا بعض مـا فى يـدها من متـاع أو غيره كلف البينه كغيره من الأسـباب للعمومات و لكن فيه روايه بـالفرق بين الأب و غيره ضـعيفه فى احتمال فى الكافى و التهـذيب نعم هى فى الفقيه هى صـحيحه جزما على ما قيل، و هى

روايه جعفر بن عيسى(۱)قال: «كتبت إلى أبى الحسن (عليه السـلام) جعلت فداك المرأه تموت فيدعى أبوها أنه أعارها بعض ما كـان عنـدها من متاع و خـدم أتقبل دعواه بلا بينه أم لا تقبل دعواه بلا بينه؟ فكتب (عليه السـلام): يجوز بلا بينه، قال: كتبت إليه جعلت فـداك إن ادعى زوج المرأه الميته أو أب الزوج أو أم زوجها فى متاعها أو خدمها مثل الذى ادعى أبوها من عاريه بعض المتاع أو الخدم أ يكونون بمنزله الأب فى الدعوى؟ فكتب: لا».

و قـد أطنب ابن إدريس فى ردها بأنها كتابه، و لا يجوز للمسـتفتى أن يرجع إلا إلى قول المفتى دون ما يجده بخطه بغير خلاف من محصل ضابط لأصول الفقه إلى أن قال: «و لقـد شاهدت جماعه من متفقهه أصـحابنا المقلدين لشواذ الكتاب يطلقون بذلك و أن أبـا الميته لو ادعى كـل المتـاع و جميع المال كان قوله مقبولا بغير بينه، و هـذا خطأ عظيم فى هـذا الأمر الجسـيم، لأنهم إن كانوا عاملين بهـذا الحـديث فقد أخطأوا من وجوه: أحدها أنه لا يجوز العمل بأخبار الآحاد عند محصـلى أصـحابنا على ما كررنا القول فيه و أطلقناه، الثانى أن من يعمل بأخبار الآحاد لا يقول بذلك و لا يعمل به إلا إذا سـمعه من الراوى من الشارع، و الثالث أن الحديث ما فيه أنه ادعى أبوها جميع متاعها و خدمها، و إنما قال لبعض ما كان عندها،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث ۱.

و لم يقل جميع ما كان عندها، ثم إنه مخالف لأصول المذهب و لما عليه إجماع المسلمين أن المدعى لا يعطى بمجرد دعواه- إلى أن قال. ثم لم يورد هذا الحديث إلا القليل من أصحابنا، و من أورده فى كتابه لا يورده إلا فى باب النوادر، و شيخنا المفيد و سيدنا المرتضى لم يتعرضا له و لا أورداه فى كتبهما، و كذلك غيرهما من محققى أصحابنا، و شيخنا أبو جعفر ما أورده فى كتبه، بل فى كتابين منها فحسب إيرادا لا اعتقادا، كما أورد أمثاله من غير اعتقاد لصحته- إلى

أن قال-: ثم شيخنا أبو جعفر الطوسى رجع عنه و ضعفه فى جواب المسائل الحائريات المشهوره عنه المعروفه» ثم حكى عن المفيد أن النوادر هى التى لا عمل عليها، ثم احتمل حمله على الاستفهام بإسقاط حرفه، أو على إراده التهجين و الذم لمن يرى ذلك، كما قال الله تعالى(۱)«ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ» إلى آخره.

و لكن فى كشف اللثام «أن الذى رأيناه فى حائريات الشيخ أنه سأل عن الرجل إذا ادعى بعد وفاه ابنته إذا هلكت عند زوجها أنه قد أعارها جميع متاعها هل يقبل قوله فى ذلك كما يقبل فى بعضه؟ و إن ادعى عليها فى حياتها ما ادعاه بعد وفاتها من إعارتها بعض المتاع أو كله فما الحكم فى ذلك؟ فأجاب الشيخ القول قول أبيها فى الحالين مع يمينه أنه كان أعارها و لم يهبه لها و لا استحقه على وجه- ثم قال فى الكشف أيضا-: و عندى لا إشكال و لا مخالفه فيه للأصول، و أن المراد ادعاء الأب فيما جهزها به و علم أنه نقلها من بيت أبيها، و أنه الذى أعطاها، فحينئذ إذا ادعى أنه أعارها فالقول قوله، لأن الأصل عدم انتقال الملك، و الفرق بينه و بين الزوج و أبيه و أمه ظاهر، لجريان العاده بنقل المتاع و الخدم من بيت الأب- ثم قال-: و قريب منه ما فى التحرير من الحمل

۱- ۱ سوره الدخان: ۴۴- الآيه ۴۹.

على الظاهر من أن المرأه تأتى بالمتاع من بيت أهلها».

قلت: لا ريب فى ضعف الحملين المزبورين فى كلام ابن إدريس، لعدم جريانهما فى المكاتبه الخاليه عن قرائن الأحوال، على أن ملاحظه آخرها مناف لهما أيضا، و أما ما ذكره فى التحرير ففيه أنه لا دليل على حجيه مثل هذا الظاهر الذى لا دليل فيه على البقاء على ملكيه أهلها لذلك مع العلم بكونه منهم» ضروره كون اليد أماره شرعيه على الملك و إن لم يدعه ذو اليد لموت و نحوه، و لا يعارضها أصاله عدم الانتقال و لا غيرها، كما هو واضح.

نعم لو فرض كون الدعوى بين الأب و الوارث أو بينه و بين البنت بدعوى التمليك عليه كان القول قوله حينئذ، لأنه منكر حينئذ لا مدع، و على ذلك يحمل ما سمعته من الشيخ فى الحائريات، بل يمكن حمل الخبر المزبور عليه.

و لا ينافيه الفرق بين الأب و غيره، لإمكان دعوى غلبه كون الدعوى بينه و بين البنت فى ذلك بخلاف غيرهم، و لو فرض كون الدعوى على حسب ما عرفت كان القول قولهم أيضا كالأب و إن أبى الخبر المزبور عن التنزيل على ذلك و نحوه، فلا ريب فى عدم جواز العمل به، لضعفه عن مقابله العمومات بعد عدم العمل به من أحد سوى ما يحكى عن الصدوق، حيث رواه فى كتابه الذى قال: «إنه لا يروى فيه إلا ما يعمل به» و قد ذكرنا غير مره رجوعه عن هذا القول، كما اعترف به بعض الأفاضل، و الله العالم.

[المقصد الثالث فی دعوی المواریث]

اشاره

المقصد الثالث فی دعوی المواریث و فیه مسائل:

[المسأله الأولی لو مات المسلم عن ابنین فتصادقا علی تقدم إسلام أحدهما علی موت الأب و ادعی الآخر مثله فأنکر أخوه]

الأولی لو مات المسلم عن ابنین مثلا فتصادقا علی تقدم إسلام أحدهما علی موت الأب و ادعی الآخر مثله فأنکر أخوه و لم یعلم تأریخ أحدهما أو علم تأریخ موت الأب دون الآخر فالقول قول المتفق علی إسلامه المدعی علیه الشرکه مع یمینه أنه لا یعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبیه إن کان قد ادعی علیه العلم، و إلا فلا حلف کما فی کشف اللثام، لأنه ضابط الحلف علی نفی فعل الغیر.

و کذا لو کانا مملوکین مثلا فأعتقا و اتفقا علی حریه أحدهما و اختلفا فی الآخر إذ المناط فی الجمیع- و هو استصحاب البقاء علی دینه و علی رقیته- واحد، کذا ذکره من تعرض لذلک.

لکن قد یشکل الأول بل و الثانی- بناء علی أن أصاله تأخر الحادث لا تفید تأخر نفس المدعی به عن نفس الآخر المعلوم تأریخه- بأن ذلک یقتضی عدم الحکم بإسلامه قبل موت الأب، و ذلک لا یکفی فی نفی الإرث المقتضی له نفس الولدیه، و الکفر و الرق مانعان، لا الإسلام و الحریه شرطان حتی یکفی فیه عدم تحقق الشرط، و من هنا لو اتفقا علی أن

أحدهما لم يزل مسلما أو حرا و اختلفا فى الآخر جزم فى كشف اللثام بأن القول قول الآخر لأصل الإسلام و الحريه و الإرث، و يحلف على أن الميت لم يسبق إسلامه و لا حريته. و كذا لو ادعى كل منهما ذلك و أنكر الآخر.

و فى المسالك «احتمل فى الأول مساواته فى الحكم للسابق، لأصاله عدم الإسلام و تقديم قوله، لأن ظاهر الدار تشهد له، و ليس مع صاحبه أصل يستصحب هنا بخلاف السابق، و كذا فى الثانى احتمل الوجهين:

أحدهما أنه لا يصرف إلى واحد منهما شى ء، لأن الأصل عدم الاستحقاق، و ثانيهما جعل المال بينهما بعد حلف كل واحد منهما، لأن ظاهر الدار يشهد لكل منهما- لكنه قال-: أصحهما الثانى».

و فى كشف اللثام «نعم إن كانت الدار دار كفر و كان إسلام المورث مسبوقا بكفره احتمل ترجيح الظاهر على الأصل، فلا يرث المختلف فيه ما لم يعلم انتفاء المانع من إرثه بالبينه، و لو ادعى المختلف فيه علم الآخر بحاله كان له إحلافه على نفيه».

و فيه ما عرفت أيضا، و كذا فى قوله أيضا: «و لو اتفقا على كفر كل منهما أو رقيته زمانا و ادعى كل منهما سبق إسلامه أو حريته على الموت و أنكر الآخر و لم تكن بينه و لا ادعى أحدهما العلم على الآخر أو ادعاه فحلف على العدم لم يرث أحد منهما، لأنه لا- إرث ما لم يثبت انتفاء المانع، و لا- مجال هنا للحلف، لأن كلا منهما مدع لزوال المانع عن نفسه، و أما إنكاره ففى الحقيقه إنكار لعلمه بزوال المانع عن الآخر، و لا- يفيد الحلف عليه، بل خصمهما فى الحقيقه هو الوارث المسلم، فان كان غير الامام (عليه السلام) حلف على عدم العلم بزوال المانع» ضروره أنك قد عرفت الاكتفاء باحتمال سبق زوال المانع مع فرض جهل تأريخ الموت، بل الظاهر الاكتفاء بمقارنته، لإطلاق دليل المقتضى الذى هو

معنى أصل الإرث الذى احتج به سابقا».

و لو أقام أحدهما بينه فى هذه المسائل قضـى بها، و لو أقام كل واحد بينه فى صوره اختلافهما بأنه لم يزل مسلما و صاحبه أسلم بعـد موت الأب تعارضـتا و رجع إلى القرعه مع عـدم المرجـح، بل الظاهر ذلك أيضا فى الأول الـذى لم يتعرض فيه لخصوص تأريخ المـوت أو الإسلام و إن جعله فى المسالك أحـد الاحتمالات، و الثـانى احتمالا، و تقـديم بينه مـدعى تقـدم الإسلام، لاشتمالها على زياده، و هى نقله إلى الإسلام فى الوقت السابق، و الأول مستصحب دينه، فمع الأول زياده علم، ورد بأن بينه المتأخر تشهد بالحياه فى زمان بينه المتقدم، فيتحقق التناقض، قال: «و ربما احتمل ضعيفا تقديم بينه المتأخر بناء على أنه قد يغمى عليه فى التأريخ المتقدم فيظن الشاهدان موته، و هو ضعيف، لأنه قدح فى الشاهد».

و هذه الاحتمالات الثلاثه قد ذكرها غير واحد أيضا فى المسأله الثانيه، و لا ريب فى ضعف الأخيرين منها، نعم لو قلنا بعدم قبول بينه الداخل و أنه فى المسأله الثانيه مدع تأخر الإسلام اتجه حينئذ تقديم بينه الآخر عليه فيها، و الله العالم.

[المسأله الثانيه لو اتفقا أن أحدهما أسلم فى شعبان و الآخر فى غره رمضان]

المسأله الثانيه:

لو اتفقا أن أحدهما أسـلم فى شـعبان و الآخر فى غره رمضان أى أوله ثم قال المتقدم: مات الأب قبل دخول شهر رمضان، و قال المتأخر: مات بعد دخول رمضان كان الأصل بقاء الحياه، و التركه بينهما نصفين بلا خلاف و لا إشكال و إن كان المدرك عندنا عدم ثبوت المانع، فالمقتضى حينئذ بحاله لا استصحاب الحياه، فتأمل جيدا.

قال فی کشف اللثام هنا: «و کل من أقام منهما بینه علی دعواه ثبتت، و لو أقاما تعارضت البینتان للتناقض، و ربما یحتمل ضعیفا تقدیم مدعی التقدیم، لاشتمال دعواه علی زیاده، و تقدیم مدعی التأخیر، لجواز أن یکون قد أغمی علیه أولا فتوهم الموت، نعم لو صرحت هذه البینه بالإغماء أولا فلا إشکال فی تقدیمها، کما أنه لو صرحت الأخری بأنه کان قد مات و لم یعلم بموته إلا بعد رمضان مثلا لم یکن إشکال فی تقدیمها».

قلت: قد عرفت احتمال أن بینه المتأخر بینه داخل فتقدم علیه بینه الخارج فتأمل.

[المسأله الثالثه دار فی ید انسان و ادعی آخر أنها له و لأخیه الغائب إرثا عن أبیهما]

المسأله الثالثه إذا کان دار مثلا- فی ید انسان و ادعی آخر أنها له و لأخیه الغائب إرثا عن أبیهما و أنکر الإنسان ذلک ف أقام المدعی بینه فان کانت کامله و شهدت أنه لا وارث سواهما سلم إلیه النصف بلا خلاف و لا إشکال، و القاسم الحاکم أو أمینه أو من فی یده الدار و کان الباقی فی ید من کانت الدار فی یده إلی مجی ء الغائب، کما عن المبسوط، لعدم ثبوتها له قبل دعواه بها، إذ البینه حجه للمدعی بها لا غیره.

و لکن الأقوی ما فی الخلاف من أنه تنتزع منه و تجعل فی ید أمین حتی یعود لأن البینه حجه شرعیه، کما هو مقتضی إطلاق دلیلها إلا إذا ردها ذو الحق أو رفع یدا عن حقه و الحاکم ولی الغائب، و لأنه بإنکاره سقط عن الأمانه، و فی کشف اللثام «و لأن الدعوی للمیت و البینه له، و لذا تقضی منها دیونه و تنفذ وصایاه» و اختاره فی المختلف.

و فيه أن ذلك يقتضى عدم تماميه الدعوى قبل حضور الوارث الآخر، و من هنا قرر ذلك فى المسالك فى وجه اختيار المبسوط لا ـ الخلاف، و هو مبنى على أن الذى يقوم مقام الميت تمام الوارث لا بعضه، اللهم إلا أن يقال: يكفى فى إثبات كونه للميت إقامه بعض الورثه البينه على ذلك و يتبعه حكم الميراث، بخلاف الشركاء، فإنه لا يكفى إقامه أحدهم البينه فى ثبوت الحق لغيره بدون وكاله أو ولايه، مع احتماله، لإطلاق دليل البينه، فتأمل.

و على كل حال ف لا يلتزم القابض للنصف إقامه ضمين بما قبض للأصل و غيره بعد ثبوت الانحصار بالبينه.

و نعنى بالكامله ذات المعرفه المتقادمه و الخبره الباطنه بما شهدت به و الظاهر الاكتفاء فى ثبوت الوصفين بشهادتهما بذلك بعد ثبوت عدالتهما، بل الظاهر كون المراد بكمالها أنها تشهد بالنفى، و حينئذ فعدم شهادتها بذلك هو عدم كمالها، فقول المصنف و لو لم تكن البينه كامله و شهدت أنها لا تعلم وارثا غيرهما بمنزله التفسير لها كقوله أولا:

«و شهدت» إلى آخره.

لكن فى المسالك «قد اختلفت عبارات الأصحاب فى معنى البينه الكامله هاهنا، فمقتضى عباره المصنف و الأكثر أن المراد بها ذات الخبره و المعرفه بأحوال الميت، سواء شهدت بأنها لا تعلم وارثا غيرهما أم لا، و حينئذ تنقسم إلى ما يثبت بها حق المدعى بأن تشهد بنفى وارث غيره و إلى غيره، و هى التى لا تشهد بذلك» و قال أولا فى بيان الشهاده:

«إذا شهد عدلان من أهل الخبره بباطن حال الميت أن هذا ابنه مع آخر ليس له وارث غيرهما فى ما يعلمان، و لا يجب القطع بل لا يصح، و لا تبطل به شهادتهم» و تبعه فى ذلك كله كاشف اللثام فى تفسير عباره

القواعد التی هی مثل عباره المتن.

و ما أدری ما الذی دعاهما إلی ذلک!! مع أن حمل العباره علی إراده التفسیر أولی، کما هو صریح الإرشاد، قال: «و لو ادعی ما فی ید الغیر أنه له و لأخیه الغائب بالإرث و أقام بینه کامله بأن شهدت بنفی وارث غیرهما سلم إلیه النصف، و لا ینافی ذلک قوله فی المتن: و نعنی» إلی آخره المحمول علی إراده بیان أن الشهاده بالنفی علی وجه القطع لا تکون غالبا إلا من ذی الخبره الباطنه، و دعوی المفروغیه من الاجتزاء بشهاده ذی الخبره بنفی العلم محل منع و إن جزم به فی الدروس کدعوی المفروغیه من عدم قبول شهاده غیر ذی الخبره بالنفی علی وجه القطع، بل هو فی الحقیقه قدح فی الشاهد العدل، فالتحقیق حینئذ الاکتفاء بالشهاده بالنفی من العدل مطلقا و عدم الاکتفاء بها إذا کانت بنفی العلم کذلک إلا إذا أرید من عدم العلم النفی فیما یعلم، فإنها شهاده بالنفی حینئذ کما هو ظاهر کلامهم خصوصا الدروس، و بهذا المعنی یمکن الفرق بین ذات الخبره و غیرها، لکن قد یقال: إن الشهاده بالنفی المزبور أیضا لا تکون إلا من ذی الخبره أو شبهه.

نعم قد یقال بالاکتفاء بالاستصحاب بالشهاده بالنفی ل

خبر معاویه(۱)«قلت لأبی عبد الله (علیه السلام): الرجل یکون فی داره ثم یغیب عنها ثلاثین سنه و یدع عیاله فیها ثم یأتینا هلاکه و نحن لا ندری ما حدث فی داره و لا ندری ما أحدث له من الولد، إلا أنا لا نعلم نحن أنه أحدث فی داره شیئا و لا حدث له ولد و لا نقسم هذه الدار بین ورثته الذین ترک فی هذه الدار

حتی یشهد شاهدا عدل أن هذه الدار دار فلان بن فلان مات و ترکها میراثا بین فلان و فلان أو نشهد علی هذا، قال: نعم»

۱- ۱ الوسائل کتاب الشهادات الباب ۱۷ الحدیث ۲.

و غيره من النصوص.

و على كل حال فما ذكرناه هو المراد بالكمال و عدمه، ضروره عدم اعتبار الكمال زائدا على ذلك فى شى ء مما وصل إلينا من الأدله، كما هو واضح.

و بذلك ظهر لك ما فيهما بل و ما فى غيرهما، و من الغريب دعواه فى المسالك عدم إمكان الشهاده بالنفى و عدم صحته إلا على إراده العلم، إذ هو مخالف للوجدان، كما هو واضح.

فان كانت البينه كامله بالمعنى المزبور دفع إلى ذى الحق، و إلا أرجئ التسليم حتى يبحث الحاكم عن الوارث مستقصيا بحيث لو كان وارث لظهر لأن أصل العدم لا يفيد انحصار الوارث فى الظاهر، على أن قاعده الضرر الحاصل بضمان من فى يده المال لو ظهر بعد ذلك معارضه له، فأصل البراءه من وجوب الدفع إلى هذا الحاضر الذى لم يعلم انحصار الوارث فيه بحاله.

بل ظاهر قول المصنف و غيره و حينئذ يسلم إلى الحاضر نصيبه و يضمنه استظهارا أنه لا يجب الدفع بعد البحث و الفحص إلا بعد أخذ ضامن منه بما يقبضه لو ظهر بعد ذلك، بناء على صحه ضمان العين و المجهول مراعاه للاحتمال الذى يبقى بعد البحث و الفحص.

بل صرح بعضهم كالشهيد فى الدروس و غيره بعدم الاكتفاء بالتكفيل، لإمكان الإتلاف و الإعسار خلافا لما عن ابن حمزه من الاكتفاء به و إن كان ذلك لا يخلو من نظر، ضروره عدم العبره بمثل الاحتمال المفروض شرعا على وجه يرفع وجوب دفع الحق إلى صاحبه، و الأصل براءه ذمته من دفع ضمين، على أنه إذا وجب مع الضمين وجب بدونه، ضروره كون الضمين لا يشخص أنه صاحب الحق، اللهم إلا أن يكون ذلك كله لقاعده الضرر التى هى العمده فى الأحكام المزبوره، و إلا فأصل العدم

لاـ زالوا يتمسكون به فى الموضوعات من غير اعتبار للفحص و النظر، و قد سمعت جواز الشهاده به، و ليس هو مشخصا حتى يكون أصلا مثبتا، بل وجوب الدفع إليه لثبوت كونه وراثا مع عدم شريك له للأصل، فلذلك حينئذ من أحكامه الثابته له من حيث كونه كذلك، لا إثبات شى ء آخر به، كما هو واضح.

و منه يعلم عدم وجوب خصوص الضمين أو الكفيل، بل المراد الوثوق العادى بحضور المال عند ظهور شريك مثلا، و ربما كان الوارث موثوقا بوفائه و ملاءته. بل منه يعلم أيضا أن المدار على الاحتمال المعتد به لا الوهمى.

بل و يعلم أيضا أن المراد عدم إلزام من فى يده المال بالدفع حتى يستظهر بالبحث و الفحص و الضمين، لا عدم الجواز اعتمادا على أصل العدم بعد البحث و الفحص إلا مع أخذ الضمين، ضروره كونه المصلحه بناء على كون الوجه فى المسأله ما عرفت للدافع، فإذا رضى بالدفع بلا ضمين لم يكن بذلك بأس، نعم لو كان الوجه فى ذلك الاستظهار لذى المال الذى لم يتحقق كونه الحاضر ببينه شرعيه اتجه حينئذ عدم الجواز و إن رضى الدافع، و الله العالم.

هذا كله إذا لم يكن الوارث الحاضر ذا فرض، و أما إذا كان ذا فرض لا ينقص عن فرضه على كل تقدير فلا إشكال فى وجوب دفع نصيبه تاما إليه.

و لو كان ذا فرض ينقص على تقدير وجود الوارث عن فرضه أعطى مع اليقين بانتفاء الوارث أو مع الشهاده الكامله أو غيرها مع البحث و إعطاء الضمين نصيبه تاما بلا إشكال و على التقدير الثانى أى عدم اليقين واقعا و لا شرعا يعطيه اليقين

أی ما یتیقن استحقاقه له إن کان وارث، فیعطی الزوج مثلا الربع لاحتمال وجود ولد منها و لو شبهه و الزوجه ربع الثمن لاحتمال وجود زوجات له ثلاثه، یـدفع ذلک لهما معجلا من غیر تضـمین لاسـتحقاقهما إیاه علی کل حال و بعـد البحث یتم الحصه لهما فیعطی الزوج النصف و الزوجه الثمن مع الضمین.

و إن کـان الوارث ممن یحجبه غیره کالأـخ المحجوب بالأـبوین و الأولـاد فـإن أقـام البینه الکامله التی تشـهد بأنه الوارث لا غیر أعطی المـال کله و إن أقـام بینه غیر کـامله أعطی بعـد البحث و الاسـتظهار بالضـمین و لاـ یعطی قبله شـی ء إلا إذا تیقن مقـدار مخصوص.

هـذا و فی المسالک تبعا للـدروس «و لو صدق المتشـبث المدعی علی عدم وارث غیره فلا عبره به إن کان المدعی به عینا، لأنه إقرار فی حق الغیر، و إن کـان دینـا أمر بالتسـلیم، لأـنه إقرار فی حق نفسه، لأـنه لا یتعین للغائب علی تقـدیر ظهوره إلا بقبضه أو قبض وکیله، و قد تقدم البحث فی نظیره من دعوی وکاله الغائب فی الأمرین».

و قـد وافقهمـا علی ذلـک فی کشف اللثام، قال: «و حکم الـدین حکم العین فی جمیع ذلک إلا فی وجوب انتزاع حصه الغائب، فقد یقال بالعدم، و الفرق أن الأحوط هنا العدم، لأنه لا یتلف ما لم ینتزع، لتعلقه بالذمه، و بأن العین شی ء واحد شهدت به البینه و الـدین حقوق متفرقه بعدد مسـتحقیه، و یفارقها أیضا فی أنه لا یکفی فی العین تصدیق صاحب الید فی الانحصار، و یکفی فی الدین، فإذا صدقه أعطی نصیبه کاملا من غیر بحث، أخذا بإقراره».

قلت: قد عرفت فی ما تقدم المناقشه فی عدم وجوب دفع العین علی من فی یده مع اعترافه بانحصار الحق فی المطالب و إن کان ذلک لا یقتضی

ثبوت الانحصار شرعا، و أما وجوب انتزاع الدين فالظاهر أن دليله متحد مع دليل العين، فتأمل.

[المسأله الرابعه إذا ماتت امرأه و ابنها]

المسأله الرابعه:

إذا ماتت امرأه و ابنها مثلا- و لم يعلم سبق أحدهما و لا- الاقتران فقال أخوها: مات الولد أولا ثم المرأه فالميراث الحاصل من تركتها المشتمله على إرثها لى و للزوج نصفان و قال الزوج: بل ماتت المرأه أولا فارثها لى و لولدها ثم الولد فالمال كله لى قضى لمن تشهد له البينه بلا- خلاف و لا- إشكال، فإن أقاما بينتين متكافئتين أقرع على حسب ما تقدم، إلا أن الظاهر هنا مع نكولهما معا بعد القرعه قسمه نصف المدعى به بينهما، لأنه الذى عليه النزاع دون النصف الآخر، فإنه مفروغ منه للزوج و مع عدمها أى البينه أصلا لا يقضى بإحدى الدعويين، لأنه لا ميراث إلا مع تحقق الحياه؛ فلا ترث الأم من الولد لعدم العلم بحياتها حال موته و لا الابن من أمه لعدم العلم بحياته حال موتها، و حينئذ يكون تركه الابن لأبيه بعد يمينه أنه ما مات قبل أمه و تركه الزوجه بين الأخ و الزوج (۱۱) بعد يمينه أنها ما ماتت قبل ولدها نصفين لا أرباعا، لأنه لم يتعارض فى النصف يمينان، كما لا يتعارض فى تركه الولد يمينان، فان الزوج يدعيه بتقدم موت الزوجه، فإذا حلف الأخ تعين له، لأنه حلف سابقا ما مات قبل أمه، فيكون بمقتضى اليمينين إرثه لأبيه، كما أن الأم إرثها بينهما لانتفاء وارثيه الولد بيمين الأخ.

و بذلك ظهر الفرق بين اليمينين و البينتين اللتين قد عرفت الحكم فيهما

و كذا الحكم لو نكلا معا عن الأيمان أصلا.

هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما فإن اتفقا عليه و اختلفا فى موت الآخر قبله أو بعده فالمصدق مدعى التأخر، لأن الأصل دوام الحياه بناء على الحكم بتأخر مجهول التأريخ عن معلومه، و إلا كان الحكم كما عرفت أيضا.

و لو علم سبق أحدهما الآخر و لكن لم يعلم بخصوصه و لم يتداعيا فيه فالمتجه القرعه التى هى لكل أمر مشكل، كما أن المتجه مع فرض عدم التداعى و اعترافهما معا بعدم معلوميه السبق و الاقتران عدم التوارث بين الأم و الولد، فيختص إرثه بأبيه و قسمه تركه أمه بينهما بالنصف، و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو قال هذه الأمه ميراث أبى و قالت الزوجه]

المسأله الخامسه:

لو قال الوارث هذه الأمه ميراث أبى و قالت الزوجه مثلا هذه أصدقنى إياها أبوك فالقول قول الأول بيمينه، فان ادعت المرأه ثم أقامت بينه قضى بها له، بل لو أقام كل منهما بينه قضى هنا أيضا ب تقديم بينه المرأه و إن قلنا بتقديم بينه الداخل فى غير المقام لأنها أى بينتها تشهد بما يمكن خفاؤه على الأخرى.

و كذا لو كانت العين فى يد أجنبى لا يدعيها فكذلك، لعدم التعارض بين البينتين، نعم لو تناقضتا قطعا بأن تدعى الاصداق فى وقت بعينه فتشهد بينه الوارث بموته قبل ذلك الوقت تحقق التعارض، فيقرع مع عدم المرجح و إن كان ذلك لا يخلو من نظر يعلم مما قدمناه فى المباحث السابقه.

[المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد]

المقصد الرابع فى الاختلاف فى الولد المعلوم عدم لحوقه بأبوين فصاعدا عندنا، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من الإلحاق بهما مع الاشتباه، بل عن أبى يوسف الإلحاق بثلاثه، بل عن المتأخرين من العامه جواز الإلحاق بألف أب على قول أبى حنيفه، بل عنه أيضا الإلحاق بأمين إذا تنازعتا و اشتبه الأمر، بل قد يأتى بناء على ما سمعته من متأخريهم لجواز إلحاقه بألف أم.

و لا عبره بالقيافه فى مذهبنا، و فى

المرسل عن أمير المؤمنين (عليه السلام)(۱)«لا يؤخذ بقول عراف و قائف»

بل عنه (عليه السلام)(۲)أيضا أنه «لم يكن يقبل شهاده أحد منهما»

و عن أبى جعفر (عليه السلام)(۳)«من سمع قول قائف أو كاهن أو ساحر فصدقه أكبه الله على منخريه فى النار»

و ما فى بعض النصوص من الدلاله على قبولهم (عليه السلام) قول القائف(۴)محمول على خصوص الواقعه التى طابق فيها قوله الواقع.

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳۲- من كتاب الشهادات الحديث ۴ و فيه «لا آخذ بقول عراف و لا قائف» رواه الصدوق قده عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول.» و هو ليس بمرسل.

۲- ۲ الموجود فى البحار ج ۱۰۴ ص ۳۱۸ عن فقه الرضا «نروى أنه لا تجوز شهاده عراف و لا كاهن»

۳- . ۳ لم نعثر على هذه الروايه مع التتبع التام فى مظانه، و إنما رواها الشهيد قده فى المسالك فى مسألتنا هذه.

۴- ۴ الكافى ج ۱ ص ۳۲۲.

و من ذلک خبر المدلجی(۱)الذی بشر النبی (صلی الله علیه و آله) أن أقدام أسامه و زید بعضها من بعض، فإنه (صلی الله علیه و آله) لم یکن فی شک من ذلک، و إنما سر بذلک لطعن المنافقین بینهما إغاظه لهم و کان اعتمادهم علی قول القائف.

فما عن الشافعی و مالک و احمد- من الرجوع إلی القائف فی الولد للخبر المزبور و نحوه فان لم یکن قافه أو اشتبه علیهم ترک حتی یبلغ الولد فیلحق بمن ینتسب إلیه- واضح الفساد.

و کیف کان ف إذا وطئ اثنان مثلا امرأه فی طهر واحد فان کان عن زنا لم یلحق الولد بأحدهما، بل إن کان لها زوج یحتمل إلحاقه به ألحق به، فان الولد للفراش و للعاهر الحجر، و إلا کان ولد زنا.

و إن کان وطءا یلحق به النسب و لم یعلم سبق أحدهما إما بأن یکون زوجه لأحدهما و مشتبهه علی الآخر أو مشتبهه علیهما أو یعقد کل منهما علیها عقدا فاسدا لا یعلم به ثم تأتی بولد لسته أشهر فصاعدا ما لم یتجاوز أقصی الحمل فحینئذ یقرع بینهما بلا خلاف أجده فیه بیننا، فإنها لکل أمر مشکل.

و عن زید بن أرقم(۲)«أنهم أتوا أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی امرأه أتوها فی طهر واحد کلهم یدعی الولد فأقرع و ألحق الولد بمن أقرع، و غرمه ثلثی قیمه الأم، و أنهم سألوا رسول الله (صلی الله علیه و آله) عن ذلک فقال: لا أعلم إلا ما قال علی (علیه السلام)».

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۶۲.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۱۰ ص ۲۶۷ راجع المستدرک- الباب- ۱۱- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۳ و ۱۵.

و عن الباقر (علیه السلام)[(۱)]«إن رسول الله (صلی الله علیه و آله) سأل أمیر المؤمنین (علیه السلام) عن أعجب ما ورد علیه فخبره بذلک، فقال رسول الله (صلی الله علیه و آله): لیس من قوم یتنازعون ثم فوضوا أمرهم إلی الله تعالی إلا خرج سهم المحق»

إلی غیر ذلک مما مر فی محله فی باب أحکام الأولاد[(۲)]بل و فی غیره.

و علی کل حال فمذهبنا الرجوع إلی القرعه سواء کان الواطئان مسلمین أو کافرین أو عبدین أو حرین أو مختلفین فی الإسلام و الکفر و الحریه و الرق أو أبا و ابنه و إن کانت ولایه الأب علی الابن و ابنه بلا خلاف معتد به أجده بیننا فی ذلک، بل الظاهر الإجماع علیه، بل ادعاه بعض صریحا.

و فی

صحیح الحلبی[(۳)]عن الصادق (علیه السلام) «إذا وقع المسلم و الیهودی و النصرانی علی المرأه فی طهر واحد أقرع بینهم، فکان الولد للذی تصیبه القرعه»

نعم عن لقطه المبسوط أن المسلم و الحر أولی، و لکن قد استقر الإجماع علی خلافه.

و لو علم سبق أحدهما علی الآخر فی الوطء ففی إلحاقه بالأخیر أو القرعه أیضا بحث مر فی کتاب النکاح کما مر البحث فی حکم وطء الثانی بعد تخلل الحیضه بینه و بین وطء الأول.

لکن فی القواعد و کشف اللثام «أنه إذا کان ذلک انقطع الإمکان عن الأول، لأن الحیض علامه براءه الرحم شرعا إلا أن یکون الأول زوجا فی نکاح صحیح، لکون الولد للفراش، إلا أن یعلم الانتفاء،

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث ۵.

۲- ۲ راجع ج ۳۱ ص ۲۴۱- ۲۴۲.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب میراث ولد الملاعنه الحدیث ۱ من کتاب الفرائض.

و تخلل الحيض لا- يفيد العلم به هنا، لقوه الفراش، و لو كان زوجا فى نكاح فاسد لم يظهر فساده للزوجين ففى انقطاع إمكانه نظر، من تحقق الفراش ظاهرا و انتفائه حقيقه» إلا- أنه لا- يخفى عليك ما فيه على كل من تقديرى مجامعه الحيض للحمل و عدمه، و قوه الفراش لو كانت تنفع لنفعت فى اجتماعهما فى طهر واحد أيضا، فتأمل جيدا.

هذا كله إذا لم يكن لأحدهم بينه أو كان لكل منهم بينه و لا مرجح، و إلا حكم بها لمن كانت له، لكن قد يصعب إقامه أصل البينه مع فرض تحقق الوطء من الكل فى طهر واحد.

و كيف كان ف يلحق النسب بالفراش المنفرد و لو شبهه و الدعوى المنفرده لمجهول النسب و بالفراش المشترك بين اثنين فصاعدا و الدعوى المشتركه لمجهول النسب بين اثنين أو أزيد و لكن المشترك يقضى فيه بالبينه و مع عدمها أو تعارضها بالقرعه خلافا لمن عرفته من العامه.

و لا فرق عندنا بين الرجل و المرأه فى ذلك، فلو استلحقت ولدا فان لم ينازعها أحد لحق بها، و إلا فلذات البينه، فان لم تكن أو تعارضت فالقرعه، و قد مر فى كتاب النكاح و الإقرار(۱)و اللقطه(۲)جمله مما له تعلق فى هذا الفصل و إن ذكر بعضهم بعض ذلك هنا، فقال: «و من انفرد بدعوى مولود صغير فى يده لحقه إلا- أن يضر بغيره، كأن يكون معتقا ولاؤه لمولاه، فان بنوته تقتضى تقدمه على المولى فى الإرث، فإن بلغ و انتفى عنه لم يقبل نفيه إلا- ببينه، استصحابا لما ثبت شرعا، و كذا لو أقر بالمجنون فأفاق و أنكر، و ليس لأحدهما إحلاف الأب، لأنه لو

۱- ۱ راجع ج ۳۵ ص ۱۵۸- ۱۵۹.

۲- ۲ راجع ج ۳۸ ص ۲۰۰.

جحد بعد الإقرار لم يسمع» و لا يخفى عليك وجه البحث فى ذلك.

ثم قال: «و لو ادعى نسب بالغ عاقل فأنكر لم يلحقه إلا بالبينه، و إن سكت لم يكن تصديقا، و لو ادعى نسب مولود على فراش غيره بأن ادعى وطءا لشبهه لم يقبل و إن وافقه الزوجان، بل لا بد من البينه على الوطء، لحق الولد، و لو تداعيا صبيا و هو فى يد أحدهما لحق بصاحب اليد خاصه على إشكال فى أن اليد هل ترجح النسب كما ترجح الملك، نعم لو استلحقه صاحب اليد و لو ملتقطا و حكم له شرعا لم يحكم للآخر إلا ببينه، و لو استلحق ولدا و قال: إنه من زوجتى هذه فأنكرت الزوجه ولادته ففى لحوقه بها بمجرد إقرار الأب نظر» قلت: بل منع لكونه إقرارا فى حق الغير.

«و لو بلغ الصبى بعد أن تداعاه اثنان قبل القرعه فانتسب إلى أحدهما قبل، و أشكله بعض بأنه إقرار فى حق الغير مع عدم دليل على قيام تصديقه مقام البينه أو القرعه، و لا عبره بميل الطبع عندنا، و إن لم ينتسب إلى أحد منهما أقرع إن لم ينكرهما معا، و إلا لم تفد القرعه بناء على قبول تصديقه، و لا يقبل رجوعه بعد الانتساب، و لا اعتبار بانتساب الصغير و إن كان مميزا. و نفقته قبل الثبوت شرعا عليهما، ثم يرجع من لم تلحقه القرعه به على الآخر» و فيه أن دفعها قد كان لإقراره فلا وجه لرجوعه.

«و لو أقام كل من المدعيين بينه بالنسب و تعارضتا و لا ترجيح حكم بالقرعه عندنا، و لو أقام أحدهما بينه أن هذا ابنه و آخر بينه أن هذا بنته فظهر خنثى فان

حكم بالذكوريه بالبول و غيره فهو لمدعى الابن، و إن حكم بالأنوثيه فهو لمدعى الأنثى، لأن كلا منهما لا يستحق إلا من ادعاه، و إن ظهر خنثى مشكلا أقرع».

إلى غير ذلك مما ذكروه هنا مما هو محل للنظر زياده على ما أشرنا إليه، و التعرض لتفصيل ذلك فى محله أولى، نسأل الله التوفيق له.

و الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا، و صلى الله على محمد و آله الطيبين الطاهرين، أولياء النعم، و سادات الأمم، و منبع الجود و الكرم، فإنهم وسيلتى إلى ربى فى توفيقى لإتمام بقيه مباحث هذا الكتاب، و يتلقاه منى بالقبول، فإنه الجواد الكريم ذو المن القديم و الفضل العميم على عبده المعترف بالتقصير فى خدمه اللطيف الخبير، و فرغ منه مؤلفه العبد العاثر محمد حسن ابن المرحوم الشيخ باقر نجل المرحوم عبد الرحيم نجل المرحوم آغا محمد الصغير نجل المرحوم عبد الرحيم الشريف الكبير يوم الثلاثاء خامس جمادى الأولى سنه (۱۲۵۰) ألف و مأتين و خمسين، و يتلوه إن شاء الله تعالى كتاب الشهادات.

إلى هنا- و الحمد لله- تم الجزء الأربعون، و قد بذلنا غايه الجهد فى تنميقه و تحقيقه و التعليق عليه و تصحيحه فنشكره سبحانه على ما وفقنا لذلك، و نسأله أن يديم توفيقنا لإخراج الأجزاء الأخيره الثلاثه.

و يتلوه الجزء الحادى و الأربعون فى كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى.

النجف الأشرف محمود القوچانى

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم

هَلْ یَسْتَوِی الَّذِینَ یَعْلَمُونَ وَالَّذِینَ لَا یَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوزت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فی مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبيقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب علی موقع القائمية ويمكن تحميلها علی الأنظمة التالية

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥
هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١
قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.